CORSO

DI

CODICE CIVILE ITALIANO

DELLE PERSONE
DELLA CITTADINANZA — DEL DOMICILIO
DEGLI ASSENTI

CORSO

DI

CODICE CIVILE ITALIANO

DELL'AVVOCATO

FRANCESCO SAVERIO BIANCHI

Professore emerito di diritto civile, Consigliere di Stato

DELLE PERSONE
DELLA CITTADINANZA — DEL DOMICILIO
DEGLI ASSENTI

SPIEGAZIONE DEI TITOLI I, II E III DEL LIBRO I

DEL CODICE CIVILE

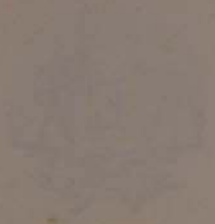
SECONDA EDIZIONE

VOLUME QUARTO

TORINO

UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE

33, VIA CARLO ALBERTO, 33

1890

DELLE PERSONE

NOZIONI GENERALI

Sommario. — 1. Delle persone in generale. — 2. Delle *persone morali*. — 3. Se esse abbiano una vera personalità giuridica. — 4. Se i corpi morali possano estendere l'esercizio dei loro diritti, come persone giuridiche, fuori del territorio dello stato, in cui furono legalmente riconosciuti. — 5. Se gli stati stranieri, e le provincie e i comuni che ne fanno parte, siano da considerarsi anch'essi come persone godenti dei diritti civili, a senso dell'art. 2 del codice civile. — 6. Delle persone giuridiche la cui esistenza è necessaria o naturale. Stato, provincie, comuni. — 7. Istituti pubblici, civili ed ecclesiastici. — 8. Corpi morali, che quantunque esistenti per volontà privata d'uno o di più individui, sono legalmente riconosciuti per fini d'utilità pubblica. — 9. Persone giuridiche non aventi il carattere d'istituti pubblici, o di corpi morali d'utilità pubblica. — 10. Personalità giuridica delle società commerciali. — 11. Se siano da considerarsi come persone giuridiche anche le società civili non contratte nelle forme delle società per azioni. — 12. Continuazione dello stesso argomento. — 13. Conseguenze derivanti dalla massima, che le società civili non siano da riguardarsi come enti giuridici distinti dalle persone dei soci. — 14. Delle associazioni non aventi il carattere di corpi morali legalmente riconosciuti, nè l'altro di società civili vere e proprie. — 15. A chi debbano reputarsi appartenere i beni acquistati ed i crediti contratti, ed a chi incombere le obbligazioni assunte in nome di queste associazioni. — 16. Rappresentanza degli associati nello stipulare diritti, nell'assumere obbligazioni, nell'esercitare azioni, nel difendersi contro quelle che siano intentate da altri. — 17. Competenza dell'autorità giudiziaria nelle controversie riguardanti le associazioni predette. — 18. Diversità delle norme da cui sono regolate le persone naturali e le persone giuridiche. — 19. Termini naturali a cui comincia e finisce la capacità di diritto delle persone fisiche. — 20. Questione relativa alla vitalità, come condizione di capacità giuridica. — 21. Quando ed a chi spetti l'onere di provare la vita, la vitalità o la morte di un individuo. — 22. Continuazione. — 23. Quando e sotto quali limiti un individuo semplicemente concepito si consideri come già nato, per gli effetti della sua capacità giuridica. — 24. Termini

a cui comincia e finisce la capacità giuridica delle persone morali. — 25. Estensione di tale capacità quanto agli oggetti suoi. — 26. Ordini differenti di leggi a cui sono soggetti i corpi morali. — 27. Applicazioni del principio che distingue i corpi morali dagli individui che ne fanno parte. — 28. Che cosa sia capacità e stato delle persone. — 29. Cenni sulla teoria della indivisibilità dello stato personale.

1. Ogni rapporto di diritto suppone più persone, fra le quali quel rapporto sussista. Ciò è manifesto senz'altro rispetto a quei diritti, i quali nascono per una persona contemporaneamente e correlativamente ad una obbligazione, che altri contrae verso di essa, come avviene pei rapporti di *famiglia* e per le *obbligazioni personali;* ma non è men vero per quei diritti che, avendo per oggetto una cosa determinata, alla quale sono inerenti, e creando un rapporto diretto fra la persona a cui competono e la cosa che forma il loro oggetto, non hanno primitivamente la corrispondenza contemporanea d'una obbligazione personale altrui, ma solo essi stessi formano causa dell'obbligazione puramente negativa, e comune a tutti gli altri uomini, di rispettare l'esistenza e gli effetti dei diritti medesimi. Anche in quest'ultimo caso, di cui ci forniscono esempi il diritto di proprietà e gli altri reali, e il diritto di successione, il rapporto giuridico non è concepibile se non tra le persone. Solamente, in luogo di essere tra una ed altra persona determinate amendue, sussiste tra una persona determinata e tutti gli altri uomini indistintamente. In questo senso è perfettamente esatto il principio che *ogni diritto è costituito per le persone.*

La persona è dunque il solo soggetto possibile d'un rapporto di diritto; lo è attivamente o passivamente, secondo che si tratti di diritti da esercitare, o di obbligazioni da adempiere verso altri. E si può dare una definizione abbastanza precisa dicendo, che *la persona è un soggetto capace di diritti e di obbligazioni.*

L'idea primitiva di *persona*, di *soggetto del diritto*, si confonde coll'idea d'*uomo*, d'*individuo*. Nè sarebbe esatto per noi lo intendere sotto il nome di *persona* la posizione che un

individuo tiene in società, la parte ch'egli vi rappresenta, in forza delle diverse qualità civili di cui è rivestito. Questa distinzione era vera nel sistema giuridico Romano, dove la personalità civile era diversa dalla personalità naturale, il matrimonio del diritto civile era tutt'altro che il matrimonio del diritto naturale, la famiglia, la parentela civile differivano grandemente dalla famiglia e dalla parentela naturale. Allora era necessario distinguere l'uomo secondo il diritto, dall'uomo secondo la natura. Ma la possibilità di una tale distinzione è cessata collo scomparire del sistema giuridico sul quale si fondava. Ora *ogni uomo, ogni individuo è persona*, perchè è soggetto capace di diritti e di obbligazioni (1).

Quantunque però primitivamente e generalmente l'uomo si confonda colla persona, di guisa che ogni individuo, ma l'individuo soltanto, è soggetto capace di diritti e di obbligazioni, tuttavia non è da prendere tale principio in un senso così assoluto da escludere la possibilità di qualunque modificazione a questa idea primitiva della persona, per opera del diritto positivo. Esso la modifica infatti estendendola, quando allato degli individui, delle *persone fisiche*, la cui individualità è stabilita dalla natura, fa sorgere artificialmente altre persone, che diconsi *giuridiche*, perchè non esistono che per determinati fini giuridici, e la loro individualità riposa sopra una finzione legale (articolo 2 Cod. civ.).

2. Le *persone giuridiche* — o, come con altri nomi sogliono anche dirsi, *morali* o *civili* — sono dunque enti ideali, a cui la legge, per fini giuridici, attribuisce fittiziamente una personalità, rendendoli capaci di possedere un patrimonio e di divenire soggetto di diritti e di obbligazioni relative ai beni.

---

(1) V. Marcadé, Liv. 1, *des personnes* § II, t. I, n. 97-101; Demolombe, t. I, n. 133.

Sono *enti ideali*, perchè infatti non hanno alcuna esistenza reale; ciò che è vero anche quando siano costituiti dalla riunione d'un certo numero d'individui aggregatisi per un determinato fine, giacchè non sono codesti individui, nè considerati singolarmente, nè unitamente, che formino l'ente; il quale tanto esiste indipendentemente e al disopra di loro, che il mutamento parziale, od anche integrale, che di essi avvenga, non distrugge l'essenza nè altera l'unità dell'ente medesimo.

La legge sola può dare fittiziamente a codesti enti ideali quella esistenza, che in realtà non hanno. L'esistenza della persona fisica si rivela da sè, e basta a manifestare la capacità di ciascun uomo ai diritti che gli appartengono, alle obbligazioni che gl'incombono secondo la legge. Ma per poter estendere una tale capacità di diritti e di obbligazioni ad un soggetto artificiale, è indispensabile il volere del legislatore, o dell'autorità a cui la legge stessa ne conferisca il potere. La parificazione di questo ente artificiale ad una persona naturale non può essere che il risultato d' una *finzione legale*, nè questa è concepibile senza che abbia il suo fondamento in una legge da cui sia stabilita.

La *finzione legale* dev'essere poi determinata da un *fine giuridico*, che la giustifichi; e da ciò pure apparisce certo che le persone giuridiche non possono essere costituite, se non per virtù della legge. A chi mai, fuori dell'autorità suprema dello stato, potrebbe appartenere di riconoscere se un determinato fine sia sufficiente per giustificare la creazione di questo ente artificiale, che è una persona giuridica? Qualora si lasciasse libero alle volontà individuali di supplirvi, costituendo corporazioni o creando fondazioni, le quali potessero assumere qualità di persone giuridiche indipendentemente da ogni legale riconoscimento, è manifesto che si produrrebbe — come fu egregiamente osservato da un celebre giureconsulto — *una grande incertezza nello stato del diritto, e si aprirebbe l'adito agli abusi derivabili*

da volontà fraudolenti. Oltre di che anche un fine apparentemente buono può talvolta riuscire a danno della società, pei mezzi coi quali si voglia conseguirlo; e in ogni caso è sempre d'interesse generale che una troppo grande massa di beni non venga sottratta al commercio destinandola ad una proprietà di *mano morta;* ed è solo all'autorità dello stato che si appartiene di giudicare quando e fino a qual punto un tale interesse debba prevalere od essere subordinato all'altro di conseguire quel fine, pel quale vogliasi costituire un ente giuridico (1).

3. Secondo la definizione, che abbiamo data nel numero precedente, agli enti morali legalmente riconosciuti è attribuita per finzione di legge una *personalità giuridica.* Questa proposizione però, quantunque generalmente accettata per vera, non manca di autorevoli contraddittori. Vi è un'opinione, secondo la quale non sarebbe che una inesattezza di linguaggio, ed un pericoloso errore di principio il considerarsi dalla dottrina come vere *persone* i corpi morali legalmente riconosciuti. In tale errore — si dice, riferendosi al diritto francese — non è caduto il diritto positivo, perchè in nessuna parte del Codice Napoleone trovasi questa espressione di *persone civili.* Gli uomini soli sono persone. A certi corpi politici, ed agli stabilimenti di utilità pubblica si suol dare il nome di *persone civili,* perchè godono di alcuni dei diritti appartenenti agli uomini, e specialmente del diritto di proprietà. Ma quei corpi e quegli stabilimenti non sono proprietari per lo stesso titolo per cui lo sono gli uomini; la proprietà non è per quelli, come per questi, un diritto assoluto, che dia al proprietario il potere di usare e di abusare, e di disporre in modo illimitato. Al contrario, presso i corpi morali la proprietà non è che una *funzione sociale,* un carico che impone loro delle obbligazioni, invece di attribuire dei diritti. Anzi, di *diritti*

(1) V. Savigny, *Traité de droit romain,* t. II, § LXXXIX, p. 275, ss.

nel senso vero e proprio — nel senso cioè di facoltà esercibili nelle relazioni degl'individui fra loro, o degl'individui cogli oggetti del mondo materiale, facoltà necessarie all'uomo pel proprio sviluppo fisico, intellettuale e morale — non è neppure da parlarne rispetto a quegli enti artificiali, che si sogliono chiamare *persone civili*, istituiti unicamente per un servizio pubblico, ed ai quali perciò non possono competere altri diritti fuor di quelli essenzialmente limitati, che il legislatore concede loro, affinchè possano compiere quelle funzioni sociali di cui li ha investiti; come neppure potrebbesi rispetto a questi enti parlare di *obbligazioni* nel senso vero e proprio, perchè non può esservi obbligazione dove non sia libertà, della quale i corpi morali non godono. Così pure i modi di acquistare la proprietà non sono gli stessi pei corpi morali, come per le persone naturali; la successione *ab intestato* non ha applicazione pei corpi morali, ed anche gli altri modi di acquisto vengono quanto a loro limitati dalla legge, col sottoporli a speciali condizioni e formalità. E parimente è limitato dalla legge pei corpi morali il diritto di contrattare, non meno del diritto di acquistare e di possedere (1).

In tutto ciò troviamo enunciazioni il cui fondo è vero; ma ci sembra che se ne faccia l'applicazione a rapporti diversi da quelli a cui propriamente dovrebbero riferirsi; nè quindi potremmo convenire nella conchiusione dedottane, che sia erroneo l'attribuire ai corpi morali legalmente riconosciuti una vera personalità giuridica.

È giusto il notare, innanzi tutto, che l'opinione sopra riferita tratta questo argomento secondo il diritto francese; ed è vero che il Codice Napoleone non dichiarava espressamente di considerare come *persone* i corpi morali legalmente riconosciuti, e perciò la questione rimaneva nel libero campo della discussione teorica. Presso noi la cosa è diversa; perchè l'articolo 2 del Codice italiano stabilisce

---

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil*, t. I, n. 287, 291, ss., 299-303.

che: “ I comuni, le provincie, gl'istituti pubblici civili od
“ ecclesiastici, ed in generale tutti i corpi morali legal-
“ mente riconosciuti, *sono considerati come persone*, e go-
“ dono dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osser-
“ vati come diritto pubblico „.

Vi è dunque per noi un testo espresso di legge, che attribuisce una *personalità giuridica* a tutti i corpi morali legalmente riconosciuti; e tale concetto vedesi anche confermato dalle seguenti parole dell'illustre relatore della commissione speciale senatoria sul primo libro del codice:

“ Non solo gl' individui, ma anche le loro aggregazioni,
“ o civili o religiose, autorizzate o riconosciute secondo le
“ leggi dello stato, *sono considerate come altrettante persone,*
“ *ed ammesse a godere dei diritti civili.* Tali sono in primo
“ luogo i comuni e le provincie, grandi elementi costitutivi
“ dello stato, dei quali la civile esistenza è riconosciuta e
“ regolata da legge speciale. Tali sono, in secondo luogo,
“ gl' instituti della chiesa cattolica, riconosciuti dalla legge
“ dello stato; tali infine tutti gli altri instituti, i corpi mo-
“ rali, *che siano legalmente autorizzati e riconosciuti;* colla
“ quale generica locuzione si scansò di definire l'autorità
“ da cui debba emanare l'autorizzazione o la ricognizione,
“ e la loro forma, lasciando l'una cosa e l'altra nel do-
“ minio delle leggi speciali e degli usi, che possono variare
“ secondo la varietà delle circostanze e delle qualità dei
“ corpi morali „ (1).

Così la questione non è più da porsi sulla massima, bensì soltanto sulla giustificazione di essa; ed anche questa non ci sembra che incontri grande difficoltà, non ostante l'autorevole opinione contraria che abbiamo citata. Nessuno può contraddire alla proposizione che i corpi morali non sono persone vere e reali; ed appunto perciò la parificazione di quelli a queste ha bisogno di fondarsi sopra una finzione di diritto; ma non si vede poi ragione suffi-

---

(1) V. *Relazione* Vigliani, pag. 16.

ciente per negare la possibilità di una tale finzione. Essa non è una contraddizione, ma una imitazione della natura. Data una istituzione, che ha un fine di utilità pubblica da conseguire, non è assurdo, ma perfettamente ragionevole il paragonarla, per ciò che concerne i diritti relativi ai beni, ad una persona naturale; perchè i beni sono un mezzo necessario a quelle istituzioni onde ottenere il fine per cui sono stabilite, come lo sono per le persone naturali onde compiere la destinazione per cui sono create, mediante lo svolgimento delle loro facoltà fisiche, intellettuali e morali.

Parimente, niuno vorrà certo contestare che la proprietà acquisti presso i corpi morali caratteri diversi da quelli che ha per le persone singole; che l'esercizio di essa da parte di quei corpi sia meno assoluto, e si converta piuttosto in una semplice funzione sociale, nel carico d'impiegare quei beni ad un determinato scopo; che i diritti dei corpi morali non siano identici a quelli competenti ai singoli privati, ma più limitati, secondochè la legge li determini; che più limitati siano altresì i modi pei quali la proprietà può essere da quei corpi acquistata. Ma quando da tutto ciò si vuol conchiudere che non vi sia assimilazione possibile tra i corpi morali e le persone naturali, non si viene forse a confondere ciò che riguarda l'organizzazione di quei corpi, e il modo in cui si estrinsecano i loro diritti sui beni che ne costituiscono il patrimonio, coi rapporti di diritto privato tra i corpi medesimi e le altre persone? Certamente, la proprietà presso di loro assume caratteri diversi dagli ordinari, essendone differenti lo scopo, i limiti e i modi di azione; certamente anche gli altri loro diritti sono più limitati, nè possono essere acquistati con tutti gli stessi mezzi pei quali perverrebbero alle persone naturali; certamente le loro obbligazioni non possono essere contratte che in certi casi e sotto determinate condizioni e forme. Ma nei rapporti di diritto privato, a fronte delle altre persone, o giuridiche esse pure, o naturali,

la proprietà di quei corpi morali è forse regolata in modo diverso da quello che è comune a tutti? I diritti acquistati da tali corpi coi mezzi limitati, che la legge per loro determina, le obbligazioni contratte in quei modi e sotto quelle condizioni e forme che per essi sono stabilite, hanno forse caratteri ed effetti differenti dagli ordinari? In questo appunto consiste l'assimilazione, che si fa per finzione giuridica, tra i corpi morali e le persone fisiche; nè ci sembra che intorno a ciò vi siano obbiezioni fondate da poter fare. La conseguenza della teoria generalmente adottata è pertanto questa: che " *i rapporti d'interesse privato delle persone* " *morali coi terzi sono generalmente regolati dai principii di* " *diritto comune, salve le eccezioni che risultino da espresse* " *disposizioni di legge* o dalla natura medesima di quei " corpi „ (1). E ciò infatti è conforme al testo dell'art. 2 del nostro Codice, che attribuisce ai corpi morali legalmente riconosciuti *il godimento degli stessi diritti civili spettanti alle persone naturali;* e n'è poi fatta un'applicazione speciale nell'articolo 2114 del medesimo Codice, in ordine alla prescrizione, a cui son dichiarati soggetti, secondo le norme comuni, anche i corpi morali, i quali possono pure opporre in proprio vantaggio la prescrizione stessa, come i privati. La conclusione della opinione contraria, che abbiamo riferita, è all'opposto, che i corpi morali non hanno generalmente tutti quei diritti stessi relativi ai beni, che appartengono secondo il diritto comune alle persone naturali, ma non ne possono reclamare altri fuorchè *quelli che sian loro conceduti da espresse disposizioni di legge* (2); il che dimostra come la importanza della questione non sia solamente teorica, giacchè la risoluzione che se ne dia nell'uno o nell'altro senso porta a conseguenze differenti e di rilievo grandissimo nelle applicazioni.

---

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 54, nª 41.

(2) V. Laurent, *Principes de droit civil,* t. I, n. 300; *Cours élémentaire,* t. I, n. 54.

4. La personalità giuridica, attribuita ai corpi morali legalmente riconosciuti, dà luogo ad un'altra questione non scevra di difficoltà, e sulla quale infatti non furono sempre concordi le opinioni dei giureconsulti. Un corpo morale, legalmente riconosciuto dalla competente autorità dello stato in cui è costituito, potrà esercitare i diritti dipendenti dalla sua capacità giuridica anche in uno stato straniero?

Il Merlin professava l'opinione affermativa, argomentando dal principio, che fu poi proclamato espressamente anche nell'articolo 6 delle disposizioni premesse al nostro Codice, che lo stato e la capacità d'una persona si regolano dalle leggi della nazione a cui la persona stessa appartiene. " È chiaro — diceva egli — che le leggi relative allo " stabilimento d'istituzioni di *mano morta* sono *personali*, " poichè ne determinano lo *stato*, autorizzandone l'esi- " stenza o sopprimendola: quelle leggi devono quindi " estendere il loro impero anche relativamente ai beni " situati fuori del territorio dello stato ..... La ragione " n'è semplice. Allorchè un corpo esiste legittimamente; " allorchè, per ragione del suo stato, è capace di contrat- " tare e di acquistare; la sua esistenza e la sua capacità " debbono influire anche relativamente ai beni situati fuori " della sfera d'azione della legge che diede a quel corpo " l'esistenza e la capacità. L'autorità della legge del luogo " in cui sono posti i beni non ne soffre.

" Gli acquisti, che quei corpi facciano di beni soggetti al- " l'impero di detta legge, non offendono lo spirito di essa, " mentre vuole essa pure che i corpi legittimamente costituiti " possano fare tali acquisti, purchè siano osservate certe for- " malità; solo, questa legge *deferisce alla qualità di legittime,* " *che la legge straniera riconosce a quelle persone ideali* „ (1).

Quest'argomentazione del grande giureconsulto, fondata unicamente sulla teoria degli *statuti personali*, potrebbe invero trarre una forza assai maggiore dalla combinazione

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Main morte* (*Gens de*), § VII, n. II.

d'altre due regole del nostro diritto positivo, quelle cioè che sono scritte negli articoli 2 e 3 del Codice italiano: " Tutti i corpi morali legalmente riconosciuti sono consi- " derati come persone, e godono dei diritti civili..... " (art. 2) " e " Lo straniero è ammesso a godere dei " diritti civili attribuiti ai cittadini (art. 3) ". Ora — potrebbe dirsi — un corpo morale legalmente riconosciuto, secondo le leggi dello stato in cui è costituito, dev'essere *considerato come persona* anche nel regno d'Italia, in virtù dell'art. 2 del codice civile, combinato coll'art. 6 delle disposizioni preliminari. Sarà considerato come una *persona straniera;* ma poichè, a norma dell'art. 3, anche lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini, il corpo morale straniero deve dunque ritenersi ammesso al godimento dei diritti civili, al pari d'un corpo morale legalmente riconosciuto nello stato.

Se non che è la premessa, che in questo ragionamento manca di quel fondamento di verità, che a primo aspetto può apparire. Quando l'art. 2 del nostro codice parla di *corpi morali legalmente riconosciuti,* si riferisce evidentemente ed esclusivamente a quelli che siano riconosciuti dall'autorità dello stato nostro, secondo le leggi di esso. Il riconoscimento d'un corpo morale, l'esistenza fittizia e la personalità giuridica che gli si attribuisce, deve avere necessariamente uno scopo di utilità pubblica; il quale non può essere che limitato allo stato dalla cui autorità quel riconoscimento procede. In questo senso nella giurisprudenza nostrale fu con più decisioni delle corti supreme proclamata la massima, che gli enti giuridici, rispetto alla loro capacità di acquistare e possedere, sono creazioni della legge civile " *la quale determinata da ragioni di pub-* " *blico bene, opera nei limiti dello stato e per lo stato* " (1).

---

(1) Veggansi le decisioni della Corte di cassazione di Napoli, 5 marzo 1864 (*Legge*, 1864, 1, 718) e della Corte di cassazione di Torino, 25 agosto 1866, e 10 luglio 1874 (*Legge*, 1866, 1, 978; 1874, 1, 1086).

E veramente, ciò che l'autorità d'uno stato riconosce come utile per l'interesse generale, può in altro stato essere all'opposto riguardato talvolta giustamente come inutile, od anche come pericoloso; nè quindi è ammissibile che la legge nostra consideri senz'altro come persona, attribuendole il godimento dei diritti civili, un corpo morale stabilito all'estero, sol perchè l'autorità dello stato straniero in cui si trova ne abbia fatto il legale riconoscimento; tanto meno poi è ammissibile che l'atto di tale riconoscimento, operato dall'autorità straniera, abbia per sè stesso efficacia imperativa nello stato nostro. Che se mai un ente morale istituito all'estero possa realmente servire a fini di pubblica utilità anche nello stato nostro, il mezzo di procurarsi in questo il godimento dei diritti civili non gli manca, purchè si faccia riconoscere, secondo le leggi nostre, dall'autorità competente; ed allora esso potrà invocare coll'art. 2 del nostro codice il beneficio di godere i diritti civili.

Quanto poi all'altra disposizione dell'art. 3 del codice, è altrettanto chiaro che quando parla *dello straniero*, ammettendolo al godimento degli stessi diritti civili attribuiti ai cittadini, intende riferirsi a *persone naturali*. Per doversene persuadere basta leggere i lavori che prepararono la compilazione del codice nostro; poichè, tanto dalle relazioni del ministro proponente e della commissione senatoria, che dai processi verbali della commissione coordinatrice, emerge chiarissimo come nel deliberare questa massima largamente liberale, che rende partecipi anche gli stranieri del godimento dei diritti civili in Italia, non siansi avute in pensiero che le persone fisiche appartenenti ad altre nazioni. Ciò è tanto vero, che fu oggetto di disputa, fra l'altro, se per concedere il godimento dei diritti civili allo straniero si dovesse richiedere — come proponeva la commissione del senato — ch'egli *risedesse nel regno*; condizione che non sarebbesi potuto immaginare estendibile a persone giuridiche, a corpi morali istituiti all'estero. Sarebbe almeno per essi invocabile per argomento di

analogia la disposizione di questo articolo 3. Ma sarebbe indispensabile a tal uopo, che i motivi della disposizione stessa fossero applicabili anche ai corpi morali legalmente costituiti all'estero, per poter dire che " Ubi eadem est ratio " legis, ibi eadem est ejus dispositio „. Ora, all'opposto, i motivi dell'art. 3 del nostro Codice, si limitano esclusivamente alle *persone fisiche*. Sono esse, che dalla natura ricevono, insieme alla vita, il diritto di esercitare dovunque quelle facoltà che sono necessarie per conservare e sviluppare fisicamente, intellettualmente e moralmente la loro esistenza. È per esse, quindi, che le leggi di tutti i popoli civili riconobbero l'esistenza di *diritti naturali* esercibili in qualunque luogo, anche di nazioni straniere; è ad esse che il progredire della civiltà procacciò il beneficio di successive limitazioni a quelle incapacità civili, delle quali dapprima trovavansi colpiti gli stranieri, finchè la legislazione italiana, seguendo quei principii amplissimamente liberali a cui si informava, giunse ad abolire qualsiasi distinzione fra cittadini e stranieri in ordine al godimento dei diritti civili. Ma le persone giuridiche non possono avere *diritti naturali*, essendo la loro esistenza affatto artificiale. Sono ad esse attribuiti dei *diritti civili*, acciocchè possano servire a quello scopo di utilità pubblica per cui sono costituite. Siccome però codesto scopo è essenzialmente locale, limitato cioè alla nazione dalla cui autorità legislativa è data un'esistenza artificiale a quegli enti fittizi, così limitati del pari debbono essere i mezzi per conseguire un tal fine; nè vi è ragione di necessità, per cui abbiasi ad ammettere che i corpi morali, costituiti da una nazione nel proprio interesse, debbano aver vita, e possano esercitare la loro attività giuridica anche in paesi stranieri. Nè d'altra parte un legislatore, costituendo una persona civile, potrebbe avere la strana pretensione di conferirle una esistenza universale. Ed il legislatore italiano, dal canto suo, se colla disposizione dell'art. 3 del codice civile ha voluto fare la più ampia concessione possibile, in materia di di-

ritto internazionale privato, a favore degli stranieri; non intese però certamente di rinunziare con ciò alla propria indipendenza, assoggettandosi a dover considerare come persone godenti dei diritti civili in Italia certi corpi morali, sol perchè siano legalmente costituiti all'estero, senzachè all'autorità pubblica italiana sia riserbato di riconoscere se veramente lo scopo di quei corpi morali possa considerarsi d'utilità pubblica anche nel regno, al quale perciò sia pure da estendersi il riconoscimento della personalità giuridica e l'attribuzione del godimento dei diritti civili in favore dei corpi morali predetti.

L'articolo 3 del codice civile non è dunque applicabile ai corpi morali esistenti all'estero, finchè non siano stati legalmente riconosciuti nello stato nostro. Ed a chi invocasse quella disposizione, per argomento di analogia, si potrebbe rispondere con piena ed evidente ragione: voi non potete paragonarvi allo straniero ammesso al godimento dei diritti civili, perchè non esistete, nè quindi potete avere diritti, fuorchè nello stato la cui autorità, riconoscendovi, vi ha attribuita quella esistenza fittizia (1).

5. Ciò che abbiamo detto nel numero precedente riguarda quei corpi morali, la cui esistenza giuridica dipende totalmente dal riconoscimento che ne faccia la competente autorità dello stato; riconoscimento che l'autorità stessa è libera di concedere o di negare, a suo prudente criterio. Ma vi sono pure altre persone morali, la cui esistenza giuridica sarebbe impossibile disconoscere, e che appunto per ciò sogliònsi dire *necessarie:* lo stato ed i comuni.

Ora, si è proposta la questione: se tali persone giuridiche debbano reputarsi investite del godimento dei *diritti civili* anche negli stati stranieri, e specialmente se possano possedervi beni immobili? E secondo un'opinione autorevolissima si riterrebbe, non potersi nè dallo stato, nè dai

---

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil*, t. I, n. 306-307.

comuni possedere beni all'estero, se non vi sia una legge od un trattato che ne accordi loro il diritto; la qualità di *persona giuridica necessaria*, non attribuire che un solo diritto, quello di stare in giudizio per l'esecuzione dei contratti, sia poi come attore, sia come convenuto.

Per giungere a questa conclusione, si comincia, se non dal negare assolutamente, almeno dall'indebolire il concetto della esistenza di *persone giuridiche necessarie;* osservando che la personalità giuridica dello stato è veramente una necessità, anzi può dirsi che, *come organo della nazione, esso è una persona naturale, perchè le nazioni sono di creazione divina, come gl'individui;* che tuttavia vi è pur sempre qualche cosa di fattizio nell'ente *stato*, perchè " l'esistenza " delle nazionalità come esseri reali, aventi il loro principio " in Dio, non è ancora che una teoria; mentre il diritto positivo non ammette gli stati come membri della famiglia " umana, se non quando siano stati riconosciuti col mezzo " di trattati; che i comuni possono bensì invocare tradizioni " secolari, ma la sola tradizione non costituisce una necessità; che le provincie sono state considerate ora come " vere persone civili, ora come semplici divisioni amministrative ".

Si riflette poi, per quanto riguarda specialmente il diritto di acquistar beni, che dall'esistenza necessaria della personalità giuridica dello stato e dei comuni, che ne fanno parte, non è a dedursi che debbano essi godere anche negli stati esteri di tutti i diritti civili, ma di quelli soli che siano loro indispensabili per compiere la loro missione; che la sola ragion d'essere dello stato, rimpetto alle nazioni straniere, è per trattare con esse, quale organo della nazione che rappresenta; che però nè lo stato, nè i comuni hanno bisogno, per compiere la loro missione, di possedere beni fuori dei limiti del loro territorio; che all'opposto ciascuno stato ha interesse e diritto d'impedire che nel proprio territorio si formi a favore d'altri stati una *mano morta*, la

quale, dannosa sempre, può inoltre divenire pericolosa, se appartenga ad uno stato rivale o nemico (1).

Non intendiamo di porre in dubbio l'importanza delle osservazioni che abbiamo riferite. Ma ci sembra che la questione sia da risolversi per noi partendo da altri punti di vista, in conseguenza delle disposizioni nuove, che vennero introdotte nel codice italiano cogli articoli 2 e 3. In questi è attribuita una vera personalità giuridica a tutti, in generale, i corpi morali legalmente riconosciuti, soggiungendo ch'essi *godono dei diritti civili,* senz'altra limitazione fuor di quelle che derivino da disposizioni espresse di legge, o dagli usi osservati come diritto pubblico; e sono poi ammesse anche le persone straniere a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini. Se dunque un corpo morale, ancorchè avente la sua sede all'estero, sia stato legalmente riconosciuto dall'autorità competente dello stato nostro, esso dovrà essere considerato anche presso noi come persona, e godere dei diritti civili, colle sole limitazioni accennate nell'articolo 2°; senzachè vi osti la qualità di straniero in quel corpo morale, poichè giusta l'articolo 3° le persone straniere non sono presso di noi trattate diversamente da quelle che appartengono allo stato, per ciò appunto che concerne il godimento dei diritti civili.

Ma il riconoscimento legale, di cui parla l'articolo 2°, non è assolutamente indispensabile che sia espresso, bastando che la volontà di operarlo risulti, sebbene implicitamente, da un atto emanato dall'autorità competente, il quale presupponga necessariamente quel riconoscimento, senza cui non avrebbe ragione di essere. Ora, la personalità giuridica degli stati è una necessità su cui non può farsi questione; ed il riconoscimento di essi trae pure inevitabilmente con sè il riconoscimento dei comuni, che formano parte integrante ed essenziale dell'organismo politico degli stati medesimi. Posto ciò, n'è conseguenza innega-

---

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil,* t. I, n. 309-311.

bile che quegli stati e quei comuni godano nel regno dei diritti civili, secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico. Nè vedremmo il perchè si dovesse eccettuare da questa regola il diritto di acquistar beni nello stato nostro, mentre anzi è principalmente nella capacità di possedere un patrimonio, e di divenire soggetto di diritti e di obbligazioni relative ai beni, che si manifesta la personalità giuridica degli enti morali. Si afferma che uno stato od un comune non può avere necessità di possedere beni all'estero, per compiere la propria missione. Ma, se non necessario veramente, può essere non di rado utile ad uno stato, per soddisfare agli uffici suoi verso uno stato straniero, di possedere nel territorio di questo certi beni. Per qual ragione dovrebb'essergliene interdetto l'acquisto? L'autore, che abbiamo citato, conchiude che nè lo stato nè i comuni possono possedere beni all'estero, se non vi sia una legge od un trattato, che loro accordi tale diritto. A noi sembra doversi dire invece, appoggiandosi alle disposizioni degli art. 2 e 3 del nostro codice, che uno stato od un comune straniero, quale persona giuridica, può esercitare in Italia il diritto di acquistare immobili, come gode e può esercitare in generale ogni diritto civile, relativo ai beni, e sarebbe necessaria una disposizione espressa di legge perchè ciò gli fosse vietato.

6. Abbiamo avuto più volte occasione di riferirci ad una distinzione, che si suol fare tra le varie persone giuridiche, secondochè la loro esistenza sia necessaria, o sia dipendente da un atto dell'autorità pubblica competente, la quale riconoscendo un corpo morale, gli conferisca in virtù della legge la personalità. Questa distinzione, insegnata da un celebre giureconsulto, ha infatti un fondamento di verità.

« Esaminando — egli dice — le persone giuridiche,
« come sono realmente, si riscontrano fra esse certe dif-
« ferenze influenti sulla loro natura giuridica.

" Alcune hanno un'esistenza *naturale* o *necessaria;* altre " l'hanno *artificiale* o *contingente.*

" Hanno un' esistenza naturale i *comuni*, le città ed i " villaggi, la maggior parte dei quali sono anteriori allo " stato, almeno secondo la sua forma attuale, e che sono " gli elementi costitutivi dello stato stesso . . . . .

" Hanno un'esistenza artificiale o contingente tutte le " fondazioni o le associazioni, a cui si attribuisce il ca- " rattere di persone giuridiche; essendo infatti evidente " che esse non esistono fuorchè per la volontà d'uno o " più individui . . . .

" Talvolta un certo numero d' individui costituiscono " colla loro aggregazione la persona giuridica; tal altra " essa non ha questa apparenza visibile, ma la sua esi- " stenza è più ideale, fondandosi sopra un fine generale " che le è assegnato.

" Le prime si chiamano *corporazioni* . . . . le " seconde si dicono *fondazioni* . . . .

" Al di fuori di queste distinzioni è posta la più im- " portante delle persone giuridiche, lo stato stesso, con- " siderato come capace di proprietà privata (1) ".

Secondo questa teoria, pertanto, lo stato ed i comuni sarebbero le sole persone giuridiche *necessarie;* l'esistenza di tutte le altre non sarebbe che *artificiale* e *contingente.*

Vi è un'altra dottrina, che limiterebbe la personalità giuridica allo stato solo; il quale — si dice — " costi- " tuisce di pien diritto una persona morale; mentre nes- " sun'altra persona morale può formarsi o stabilirsi nello " stato stesso senza il riconoscimento formale o tacito del " potere pubblico (2) ".

Una terza opinione ammette bensì che stato e comuni hanno un'esistenza naturale e necessaria; ma, osservando che, se questi enti riconoscono il loro principio nella na-

---

(1) V. Savigny, *Trattato di diritto romano*, t. II, § LXXXVI.
(2) V. Zachariæ, t. I, § 52; Aubry e Rau, t. I, § 54.

tura, la loro esistenza però non è paragonabile a quella dell'uomo considerato individualmente, perchè gli uomini hanno vissuto assai prima che si costituissero dei comuni, e da questa prima forma storica si svolgesse lo stato nelle sue condizioni attuali, ne argomenta che nè lo stato stesso nè i comuni possano reputarsi investiti di diritti identici a quelli che appartengono ad una persona naturale, anzi non possano invocare fuorchè quei diritti speciali conferiti loro dalla legge, che ne stabilisce l'organismo (1).

Il codice italiano, nell'articolo 2°, indicando gli enti ai quali attribuisce personalità giuridica, annovera in primo luogo *i comuni e le provincie*, ommettendo di parlare dello *stato;* non certo perchè questo non debba considerarsi come persona, ma perchè fu reputato superfluo il dichiarare cosa tanto evidente. Lo stato anzi ha eminentemente i caratteri di persona giuridica; dovendosi considerarlo non solo nella sua costituzione politica, e nella rappresentanza che ha dei diritti e degl'interessi della nazione, la quale dev'esserne retta e guidata al compimento della sua missione nella vita generale dell'umanità; ma eziandio nei rapporti di diritto privato, nei quali pure è necessario che agisca, poichè dovendo provvedere ai bisogni molteplici anche materiali del paese, gli sono indispensabili le rendite per sopperire alle spese relative, occorre quindi che abbia la capacità di possedere — carattere essenziale e fondamentale della personalità giuridica — e la capacità di acquistare diritti, di contrarre obbligazioni. Lo stato, infatti, oltre ai beni destinati all'uso pubblico, e perciò appartenenti al *demanio pubblico nazionale*, nè soggetti alle regole comuni del diritto privato, ma esclusi dal commercio, ha pure dei *beni patrimoniali*, che tiene allo scopo di trarne i redditi per provvedere alle spese pubbliche; beni che possiede nello stesso modo di qualunque privato proprietario, pei quali è soggetto rimpetto ai terzi alle

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil*, t. I, n. 292-294.

stesse norme comuni del diritto privato, salva, per ciò che concerne l'amministrazione e la facoltà di disposizione dei beni medesimi, l'osservanza delle regole e delle forme particolari che sono in proposito stabilite (art. 426, 427, 428 Cod. civ.). Allo stato appartengono le isole, isolette ed unioni di terra che si formano nei letti dei fiumi o torrenti navigabili od atti al trasporto (art. 457 Cod. civ.). Allo stato si devolvono le successioni, in mancanza delle altre persone chiamate dalla legge a succedere ad un defunto (art. 741, 758 Cod. civ.). Lo stato può fare contratti, ed in essi stipulare diritti, ed assumere obbligazioni, salva sempre l'osservanza delle forme per certi casi specialmente richieste. Allo stato sono attribuiti certi privilegi, ed ipoteche legali per garanzia di alcuni suoi crediti, sui beni dei debitori (art. 1957, 1958, n. 1° e 11°, 1962, 1969, n. 5° Cod. civ.). Lo stato, pei suoi beni patrimoniali, è soggetto alla prescrizione, e può opporla, come i privati (art. 2114 Cod. civ.). È possibile, dopo tutto ciò, il dubbio che allo stato non sia attribuita una vera personalità giuridica?

I *comuni* si sono in gran parte formati senza alcun atto politico espressamente diretto a costituirli, ma in forza d'una comunanza d'interessi dipendente da rapporti di residenza e di proprietà fondiaria. Molti di essi pertanto ebbero un'esistenza anteriore a quella stessa dello stato nella sua forma attuale, di cui anzi furono i primi elementi costitutivi. In ciò ha fondamento l'opinione di chi comprende i comuni fra le persone giuridiche le quali hanno una esistenza naturale o necessaria. Come si scorge però, le considerazioni predette riguardano piuttosto l'origine storica, la causa della formazione primitiva dei comuni, che l'essenza della loro costituzione in corpi morali; la quale presuppone necessariamente l'esistenza dello stato regolarmente organizzato, dalla cui autorità sia emanato in modo espresso o tacito il riconoscimento di quei comuni e l'attribuzione a loro d'una personalità giuridica, che li

parifichi quanto al godimento dei diritti civili, almeno entro certi limiti, alle persone naturali. Ed infatti è dall'assenso, tacito almeno, del potere pubblico, che i comuni stessi della più antica origine debbono riconoscere la facoltà di compiere le loro funzioni amministrative, di agire come corpi morali legittimamente stabiliti, di esercitare come persone giuridiche i diritti civili. Ed è per queste ragioni, che reputiamo preferibile l'altra opinione sopra cennata, secondo la quale non vi è che lo stato la cui individualità giuridica esista di pien diritto, mentre la personalità dei comuni, al par di quella degli stabilimenti di utilità pubblica, non può reputarsi costituita se non in virtù di legale riconoscimento emanato, o formalmente, od implicitamente, dal potere pubblico. Certo è bensì, che non solo non è necessario un riconoscimento espresso rispetto a quei comuni, la cui origine è tanto antica da confondersi con quella dello stato medesimo, o forse anche da esserle anteriore; ma pei comuni stessi di nuova formazione non è indispensabile che nell'atto con cui siano stati costituiti — nel decreto reale, per esempio, che a forma dell'articolo 15 della legge comunale e provinciale abbia trasformata una borgata o frazione di comune in comune distinto — sia stata dichiarata formalmente la costituzione di un nuovo comune in corpo morale. È la legge stessa, che colla disposizione dell'art. 2 del Codice civile attribuisce ai comuni, per ciò solo che siano legittimamente costituiti, la qualità di persone giuridiche; nè dunque può esservi bisogno d'una dichiarazione esplicita, che si faccia in proposito dal potere esecutivo. Ma altrettanto è indubitabile, che ciò che dicesi *esistenza naturale o necessaria dei comuni* non potrebbe bastare per attribuire loro la personalità giuridica, e renderli capaci di acquistare e possedere beni, e in generale di godere ed esercitare i diritti civili, senza il concorso della volontà dichiarata o sottintesa del potere pubblico dello stato.

Ciò che abbiamo detto dei comuni deve applicarsi tanto più alle provincie; le quali neppur hanno quella origine di

esistenza naturale, che si verifica nel maggior numero dei comuni, ma sono di formazione affatto artificiale, tanto che in altri luoghi vengono considerate come semplici divisioni amministrative, non sono corpi morali aventi una personalità giuridica. Presso noi, però, questa personalità esiste in virtù dell'art. 2 del Cod. civ. per ciò solo che una provincia sia stata costituita legittimamente, ancorchè di quell'attribuzione di personalità non sia stata fatta speciale ed espressa dichiarazione. E conseguentemente la legge comunale e provinciale regola con disposizioni espresse per tutte le provincie, come per tutti i comuni indistintamente, l'amministrazione del patrimonio di questi enti morali, i modi in cui debbano procedere le loro rappresentanze per far contratti d'acquisto, per accettar lasciti o doni, per alienare beni, per costituire servitù reali, rendite fondiarie, ipoteche, per intentare azioni o difendersi in giudizio; cose tutte di cui non sarebbe concepibile la possibilità, se ogni provincia non dovesse considerarsi come una persona giuridica, partecipe del godimento dei diritti civili.

7. Fra gli altri enti, che oltre allo stato, ai comuni ed alle provincie, sono considerati come persone, e godono perciò dei diritti civili, secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico, è necessario, innanzi tutto, distinguere quelli che sono di mera istituzione pubblica, avente per iscopo un pubblico servizio d'ordine civile o religioso, dagli altri che riconoscono primitivamente la loro esistenza dalla volontà di uno o più individui, da fondazione od associazione privata, quantunque l'intervento del potere pubblico sia indispensabile anche in quest'ultimo caso per attribuire a quegli enti, col riconoscerli legalmente, la personalità giuridica e la conseguente capacità al godimento dei diritti civili.

A questa distinzione appunto accenna l'art. 2 del codice civile, dichiarando considerarsi come persone, dopo i comuni e le provincie, in primo luogo gli *istituti pubblici civili od ecclesiastici*.

Per istituti pubblici civili intendiamo perciò quelli, che son creati dalla legge civile, come aventi una personalità distinta da quella dello stato, delle provincie e dei comuni, ed un patrimonio, ed una rappresentanza propria; o che sono stabiliti dalla legge medesima per rappresentare certi interessi collettivi ma parziali; o le corporazioni istituite per uno scopo ed un servizio d'ordine pubblico.

Per istituti pubblici ecclesiastici intendiamo quelli, che destinati ad un servizio pubblico d'ordine religioso, hanno nel diritto ecclesiastico il fondamento della loro esistenza, ma dalla legge civile riconoscono la loro personalità giuridica e l'attribuzione del godimento dei diritti civili, come le opere delle chiese parrocchiali, i seminari e le mense vescovili.

Bisogna però evitare di confondere nel primo di questi ordini d'istituti pubblici quei corpi politici, giudiziari od amministrativi, ai quali sono bensì affidati poteri ed attribuzioni esercibili soltanto da un'assemblea, da un corpo collettivo formante unità giuridica; ma non essendo necessaria pel conseguimento del loro scopo la capacità di possedere beni, il godimento dei diritti civili, manca il carattere essenziale della personalità giuridica, la quale perciò non potrebbe reputarsi esistente in tali corpi collettivi, se non in quei casi di eccezione in cui, per speciali motivi indipendenti dalle funzioni proprie di quei corpi, fosse stata ad essi espressamente attribuita dalla legge (1). Persone morali si dicono talvolta anche le autorità ed i funzionari pubblici, in quanto gli atti ch'essi compiono, i diritti che acquistano, le obbligazioni che contraggono sono inerenti alle funzioni, non agl'individui che le esercitano (2). È da osservarsi però non essere in un senso così lato che ci occupiamo ora delle persone morali o giuridiche; poichè, versando entro i limiti del diritto puramente privato, è solo nei rapporti di questo diritto che dobbiamo considerare la capacità di tali persone.

---

(1) V. Savigny, *Tr. de dr. rom.*, t. II, § 85; Aubry e Rau, t. I, § 54.
(2) V. Zachariæ, t. I, § 52, nª 2.

8. Dagli *istituti pubblici* propriamente detti, di cui l'esistenza e la personalità giuridica dipendono unicamente dalla legge — come accennammo nel numero precedente — debbono tenersi distinti altri corpi morali; i quali pure possono dirsi pubblici, nel senso che ad una pubblica utilità è diretto il loro scopo, ma esistono per volontà privata d'uno o più individui, salvochè a legittimare codesta loro esistenza, e ad attribuire a tali enti la personalità giuridica, la capacità al godimento dei diritti civili, è necessario che intervenga l'autorità del potere pubblico, a cui solo spetta di apprezzare e riconoscere quella pubblica utilità.

È perciò che nell'art. 2 del Codice civile italiano, dopo aver parlato degli *istituti pubblici civili od ecclesiastici*, si soggiunge esser pure considerati come persone " *in generale tutti i corpi morali legalmente riconosciuti* ".

Tra questi corpi morali, la cui esistenza, considerata nella origine sua, deriva dalla volontà privata d'una o di più persone, vanno suddistinte le *corporazioni* dalle *fondazioni*.

Le *corporazioni* sono costituite dalla riunione d'un certo numero d'individui, aggregatisi per un determinato fine d'interesse generale, e formanti collettivamente la persona giuridica. Esse perciò hanno in questo senso una esistenza reale. Per altro, non è nelle persone fisiche componenti la corporazione — nè considerate individualmente, nè collettivamente ancora — che risieda la personalità civile e la capacità di diritti; ma nella *collettività astratta*, in un ente quindi ideale, che presuppone l'associazione degli individui, senza confondersi coll'esistenza fisica, nè delle singole persone associate, nè della loro riunione. Donde deriva poi l'importante conseguenza, altre volte avvertita, che il cangiamento parziale, od anche totale, delle persone componenti una corporazione, non possa mai alterare in verun modo l'essenza e l'unità di essa (1).

---

(1) V. Savigny, *Tr. de dr. rom.*, t. II, § 86.

Le fondazioni, all'opposto, non hanno alcuna esistenza reale; e solamente dal fine ad esse assegnato e riguardante la religione, le opere pie, la coltura delle scienze o delle arti, traggono per astrazione un'esistenza giuridica parificata per finzione alla esistenza reale (1). È il fine d'interesse generale, a cui le fondazioni sono destinate, che viene idealmente personificato; ed è a questa personificazione fittizia che si attribuisce un patrimonio, ed il godimento di quei diritti civili che sono necessari acciocchè il fine delle fondazioni medesime possa essere conseguito.

Ma appunto perchè sia giustificabile una finzione tanto straordinaria e lontana dalla realtà delle cose, quanto la è veramente questa, di riguardare come persona un ente meramente ideale, ed attribuirgli un patrimonio e diritti civili, è necessario un fine di utilità pubblica; a riconoscere l'esistenza e l'importanza del quale, è perciò indispensabile che intervenga un atto dell'autorità pubblica. Occorre però di richiamare in proposito un'avvertenza già fatta altre volte, e comune, del resto, tanto alle corporazioni quanto alle fondazioni; che, cioè, il riconoscimento legale d'un corpo morale, all'effetto di attribuirgli personalità giuridica, può essere anche solo *tacito*, qualora risulti da atti emanati dall'autorità competente, e tali che presuppongano necessariamente l'intenzione dell'autorità stessa di riguardare quei corpi morali come legittimamente costituiti, e come persone civili (2). Ci sembra che ciò sia perfettamente conciliabile col testo del citato art. 2 del codice civile italiano, che parla genericamente di *corpi morali legalmente riconosciuti*, senza esigere che tale riconoscimento risulti in modo espresso da un atto dell'autorità competente. E crediamo quindi nel senso predetto applicabile anche al diritto nostro ciò che in relazione al diritto romano diceva il celebre autore più volte citato in questa materia; che, cioè,

---

(1) V. Savigny, *Tr. de dr. rom.*, t. II, § 86.
(2) V. Aubry e Rau, t. I, § 52.

per attribuire il carattere di persone giuridiche alle corporazioni ed alle fondazioni, è necessaria bensì l'autorizzazione del potere supremo dello stato, non bastando per costituirle l'accordo di più individui, che si associno per un dato fine, o la volontà di un fondatore; ma *quest'autorizzazione può essere accordata tanto espressamente che tacitamente; può risultare non solo da un riconoscimento formale, ma eziandio da una tolleranza palese* (1).

Quanto all'autorità da cui debba emanare il riconoscimento delle corporazioni o delle fondazioni, il determinarla dipende dalle leggi speciali e dagli usi osservati come diritto pubblico. E fu anzi in questo intendimento che la commissione del senato modificò la dizione del corrispondente articolo del progetto ministeriale, sostituendo alla espressione " corpi morali *autorizzati* „ l'altra di " corpi morali *legalmente riconosciuti* „.

" Con questa espressione — dicevasi in un brano della " relazione senatoria, che già abbiamo avuto occasione di " riferire — si scansò di definire l'autorità da cui debba " emanare l'autorizzazione o la ricognizione, e la loro forma, " *lasciando l'una cosa e l'altra nel dominio delle leggi speciali* " *e degli usi*, che possono variare secondo la varietà delle " circostanze e delle qualità dei corpi morali „ (2).

9. Da ciò che abbiam detto finora, intorno alla disposizione contenuta nell'articolo 2 del Codice civile italiano, appare manifesto come i soli *corpi morali pubblici* o *di utilità pubblica* vi siano contemplati; non le altre persone civili, che possono esistere nell'ordine del diritto privato.

Fu anzi questa una modificazione, apportata dalle commissioni senatoria e coordinatrice del codice civile, al corrispondente articolo del progetto ministeriale, in cui era detto:

---

(1) V. Savigny, op. cit., t. II, § LXXXIX.
(2) V. *Relazione* Vigliani, p. 16.

“ I comuni, le provincie, *le società commerciali*, gl'istituti
“ pubblici ed ecclesiastici, ed in genere tutti i corpi morali
“ *autorizzati* sono considerati come persone, e godono dei
“ diritti civili nei modi determinati dalle leggi *e dal diritto*
“ pubblico del regno „.

La commissione del senato tolse la menzione delle *società commerciali*, reputando che il codice civile dovesse dichiarare la personalità dei soli corpi morali, i quali “ hanno, per così dire, uno scopo sociale ed una causa di “ esistenza perpetua od almeno indefinita „ e che facendo menzione delle società commerciali si sarebbe dovuto pur farla delle società civili, essendo esse pure “ *contratti od enti giuridici al pari delle commerciali* „ onde fosse più congruo, “ lasciare queste intieramente soggette alle norme “ del diritto commerciale, od a speciali provvedimenti „: sostituì poi alla espressione, corpi *morali autorizzati*, le altre parole, *legalmente riconosciuti*, volendo riferirsi con ciò alle *leggi speciali* ed agli *usi*, circa la determinazione dell'autorità da cui il riconoscimento dovesse emanare; in fine mutò la formula *modi determinati dalle leggi e dal diritto pubblico del regno*, dicendo invece “ per esprimere lo stesso concetto “ in modo più chiaro e preciso: *secondo le leggi e gli usi* “ *osservati come diritto pubblico dello stato* (1) „. Così fu redatto l'articolo 19 del progetto senatorio, che venne poi riprodotto nell'articolo 2 del Codice civile.

Ciò per altro non passò senza gravi ed importanti discussioni della commissione coordinatrice. Il ministro Pisanelli aveva proposto di annoverare le società commerciali fra gli enti che sono senz'altro considerati come persone giuridiche, osservando “ parere per esse una molestia superflua l'obbligo di speciale autorizzazione fuori dei casi “ in cui dalle leggi commerciali vi siano sottoposte per “ l'indole loro particolare „, ma soggiungeva non essersi ritenuto altrettanto per le *società civili*, perchè “ o si tratta

(1) V. *Relazione* Vigliani, p. 16, 17.

“ di quel contratto di società, che è regolato dal co-
“ dice civile, ed esso si risolve nelle relazioni dei soci tra
“ loro, oppure di ciascun socio verso il terzo con cui ha
“ contrattato, ma *non presuppone il concetto di un ente mo-*
“ *rale, anzi lo esclude*. O sotto il nome di società civili, in
“ contrapposto alle commerciali, si vuole intendere ogni
“ altra società, che non abbia per oggetto il commercio; ed
“ allora si entra in un campo indeterminato ed oscuro „ (1).

Nella commissione coordinatrice si manifestarono tre diverse opinioni; l'una, che propugnava il ristabilimento completo dell'articolo proposto dal ministro Pisanelli, acciocchè non rimanesse alcun dubbio sulla qualità di persone giuridiche spettante alle società commerciali; l'altra, che avrebbe voluto estendere anche alle società civili la stessa massima: e in questo senso una sotto-commissione appositamente nominata propose di aggiungere all'articolo formulato dalla commissione senatoria — che pure in qualche parte modificava — un alinea, in cui si dicesse che “ le *società lecite*, costituite nelle forme volute dalla
“ legge, sono anche persone giuridiche per l'esercizio dei
“ diritti relativi all'oggetto dell'associazione, ma *non pos-*
“ *sono acquistare a titolo gratuito*, per atti fra vivi o per
“ causa di morte, se non ne siano in ciascun caso autoriz-
“ zate da decreto reale „.

Una terza opinione preferiva la proposta della commissione senatoria, di non parlare delle società, nè commerciali, nè civili, per le ragioni che abbiamo riferite togliendole dalla relazione Vigliani; e fu questo il partito, che dopo una lunga e dotta discussione in ultimo prevalse, ed ebbe l'onore d'una votazione unanime (2). I concetti fondamentali emersi dalla disputa, che condussero ad adottare la conclusione surriferita, furono in sostanza i seguenti: essere

(1) V. *Relazione* Pisanelli, p. 1, 2.
(2) V. *Processi verbali* delle sedute della Commissione speciale pel coordinamento del Cod. civ., n. 4, p. 48; n. 16, p. 172; n. 21, p. 236-240.

bensì da ammettersi una personalità giuridica in favore delle società commerciali, ma non potersi d'altra parte parificarle ai corpi morali pubblici, nè ritenere che come a questi, così anche ad esse spetti il godimento di tutti i diritti civili relativi ai beni, salve soltanto le limitazioni risultanti da disposizioni di legge; essere quindi più opportuno lasciare la definizione della personalità giuridica delle società commerciali al codice di commercio; quanto alle società civili, essere controvertibile, se esse costituiscano vere persone giuridiche, e giovar meglio abbandonare alla dottrina ed alla giurisprudenza la risoluzione di tale questione.

10. Il Codice di commercio entrato in vigore al 1° di gennaio del 1883 stabilisce espressamente nell'articolo 77, che le società commerciali vere e proprie, di qualunque specie, siano poi *in nome collettivo, o in accomandita semplice o per azioni, od anonime* " costituiscono, *rispetto ai* " *terzi, enti collettivi distinti dalle persone dei soci* „. Una identica dichiarazione è pur fatta nell'articolo 239 in ordine alle *associazioni di mutua assicurazione;* mentre per le *associazioni in partecipazione* è espresso, al contrario, nell'articolo 235, ch'esse non costituiscono enti collettivi distinti dalle persone degl'interessati, ed i terzi non hanno diritti e non assumono obbligazioni che verso colui, col quale hanno contrattato. Così, dunque, per le accennate disposizioni di quel codice hanno una personalità giuridica propria tutte le società commerciali propriamente dette; e fra le semplici associazioni hanno pure una simile personalità quelle di assicurazione mutua, non quelle in partecipazione.

Ciò corrisponde esattamente ai concetti che furono manifestati nei lavori preparatori pel codice civile. Nessuno allora pose in dubbio doversi attribuire il carattere di persone giuridiche alle società commerciali. Nell'articolo 2 del progetto ministeriale quelle società erano anzi espressa-

mente *considerate come persone*, al pari delle provincie, dei comuni, degl'istituti pubblici, dei corpi morali autorizzati, ed era dichiarato ch'esse *godevano dei diritti civili* nei modi determinati dalle leggi. La commissione del senato, nell'articolo 19, modificante il secondo del progetto ministeriale, omise di annoverare tra i corpi morali legalmente ammessi nel regno le società di commercio; non perchè reputasse non doversi esse considerare come *persone giuridiche*, ma perchè pensò che i corpi morali, di cui il codice civile avesse a dichiarare la personalità, fossero quelli soli " che hanno, per così dire, uno scopo sociale ed una causa " di esistenza perpetua od almeno indefinita „ mentre le società di commercio *avendo causa e durata limitate al loro oggetto, e la loro costituzione ed esistenza giuridica essendo riconosciuta e regolata dalle leggi commerciali*, fosse più opportuno che a queste venissero lasciate intieramente soggette. Nella commissione coordinatrice, un solo dei commissari espresse il pensiero che " le associazioni di persone, " siano esse società commerciali, siano civili, non saranno " mai *enti morali* nel senso vero e rigoroso del vocabolo, " perchè l'ente morale non può esistere se l'autorizzazione " governativa non gli dà vita „. Ma la sotto-commissione aveva anzi proposto di dichiarare *persone giuridiche*, sotto certe limitazioni di capacità, *tutte le società lecite, costituite nelle forme volute dalla legge*. Il presidente Cassinis opinò essere ammissibile la personalità giuridica delle *società commerciali*, non delle *società civili;* perchè le prime essendo necessariamente fondate sulle relazioni coi terzi, non potrebbero concepirsi ed esistere efficacemente, se non come *corpi morali*, e d'altra parte hanno un oggetto pubblico, certo, determinato, facilmente apprezzabile in tutti i rapporti, mentre le seconde potrebbero nella loro moltiplicità essere ignorate, o non abbastanza comprese, per poterle dire presuntivamente almeno riconosciute. Tuttavia non reputava necessario riprodurre nel codice civile la menzione delle società commerciali fra le persone giu-

ridiche, lasciando alla giurisprudenza di risolvere l'accennata quistione. E fu così che la commissione coordinatrice si accordò nel voto unanime pel mantenimento dell'articolo com'era stato modificato dalla commissione senatoria.

Il pensiero degli autori del codice civile ebbe dunque poi una fedele attuazione nelle disposizioni del *nuovo codice di commercio*, in cui tutte le società commerciali vere e proprie, e fra le semplici associazioni quelle di assicurazione mutua, furono dichiarate *costituire, rispetto ai terzi, enti collettivi distinti dalle persone dei soci.*

E veramente il concedere la personalità giuridica a tutte le vere e proprie società di commercio, era una necessità da non potersi disconoscere. Senza di ciò, i terzi contraenti non potrebbero divenire creditori o debitori, se non verso i soci individualmente considerati. Non essendovi persona giuridica distinta dalle persone dei soci, alla quale potesse reputarsi appartenente un patrimonio separato, e i beni formanti il fondo sociale dovendo quindi riguardarsi unicamente come posseduti in comune dai soci stessi, ne seguirebbe che sulla porzione spettante a ciascuno di loro in que' beni potessero concorrere per contributo anche i creditori particolari di lui. Quando dunque coloro che contrattano colla società non avessero un unico debitore, cioè la società medesima fittiziamente personificata, quando non vi fosse sicurezza per la conservazione del fondo sociale, e i creditori della società avessero a temere che al momento in cui essa abbisognasse de' suoi capitali per soddisfare agl'impegni contratti, i creditori personali dei soci potessero assoggettarli alle loro azioni per essere pagati dei propri crediti particolari, quale speculazione commerciale potrebbe più intraprendersi con questo mezzo, quale società di commercio sarebbe più possibile? D'altra parte gl'inconvenienti che possono contrapporsi, per ciò che riguarda gl'interessi dei creditori personali dei soci, non sono poi molto gravi. È vero che nel codice di commercio attualmente in vigore, secondo l'esempio dato da altre legisla-

zioni moderne, fu abolita l'ingerenza e tutela governativa sulle società di commercio, nessuna delle quali è più soggetta all'autorizzazione preventiva del governo. Tuttavia furono rigorosamente determinate le condizioni essenziali per la legittima costituzione delle società, fu disposto che l'adempimento di tali condizioni debba essere accertato e dichiarato dal tribunale di commercio, e furono poi ordinati i più ampi mezzi di pubblicità, affinchè l'esistenza della società, il suo atto costitutivo, e gli atti sociali più importanti, che man mano si compiono, possano essere conosciuti da chi vi abbia interesse. Il che tutto rassicura pertanto, che ciò ch'era necessario ammettere per l'esistenza e l'efficace azione delle società commerciali, non abbia a volgersi in danno altrui.

Tutto questo, per altro, riguarda le società vere e proprie, ed ancora le associazioni di mutua assicurazione, ma non si estende alle *associazioni in partecipazione;* le quali avendo per oggetto la concessione, fatta da un commerciante o da una società commerciale ad una o più altre persone o società, di partecipare agli utili come alle perdite d'una o più operazioni commerciali, o d'un intiero commercio, non producono rapporti di diritto che fra i soli contraenti la partecipazione stessa, mentre i terzi contrattano col concedente la partecipazione, verso lui solo acquistano diritti ed assumono obbligazioni, ed a garanzia dei loro crediti hanno i beni posseduti dalla persona con cui hanno contrattato, non esclusi quelli che siano stati conferiti dai partecipanti, ai quali non appartiene alcun diritto di comproprietà sulle cose cadenti nell'associazione, ma solamente la facoltà di chieder conto delle cose da essi conferite, non che dei profitti e delle perdite, a colui col quale si associarono. D'altronde i mezzi di pubblicità stabiliti per le società vere e proprie e per le associazioni di mutua assicurazione, non sono comuni a quelle in partecipazione, le quali possono rimanere occulte. — Nessuna dunque delle ragioni, che resero necessario di attribuire

personalità giuridica alle vere società commerciali ed all'associazione di mutua assicurazione, può applicarsi all'associazione in partecipazione; ed è perciò che di questa è detto, nell'art. 235 del Codice di commercio, non costituire essa rispetto ai terzi un ente collettivo distinto dalle persone degl'interessati, ed i terzi non avere diritti e non assumere obbligazioni che verso colui col quale hanno contrattato.

La formola usata negli articoli 77 e 239 del Codice di commercio, relativamente alle società commerciali ed alle associazioni in partecipazione, dichiarandole *enti collettivi distinti dalle persone dei soci, e degli associati,* ci richiama ad osservare una differenza, che si presenta ovvia in confronto dell'articolo 2 del progetto ministeriale del codice civile; in cui le società commerciali si annoveravano fra gli enti *considerati come persone godenti dei diritti civili nei modi determinati dalle leggi.* Codesta espressione riusciva, a nostro modo di vedere, meno esatta di quella che fu poi adoperata nel nuovo codice di commercio. Certo è che quando si dice, le società commerciali costituire, rispetto ai terzi, *enti collettivi distinti dalle persone dei soci,* ciò equivale ad attribuire individualità giuridica ad un ente fittizio, che non è da confondersi colle persone fisiche dei soci, sia considerandoli individualmente, sia nella loro aggregazione. Tuttavia il qualificare assolutamente quelle società come *persone investite del godimento dei diritti civili,* salve le limitazioni che fossero stabilite da speciali disposizioni di legge, darebbe un concetto meno preciso; perchè non è in generale di tutti i diritti civili relativi ai beni, che le società commerciali possano reputarsi avere il godimento, ma di quelli soli che, secondo l'oggetto particolare proprio di ciascuna di tali società, siano necessari affinchè essa possa conseguire il proprio scopo. È in questi soli limiti, che hanno efficacia i motivi, dai quali vedemmo giustificarsi l'attribuzione di una fittizia personalità giuridica a tali enti, la cui esistenza

non riguarda in fine direttamente l'ordine pubblico, ma l'interesse privato; ed entro questi limiti deve dunque contenersi anche l'estensione degli effetti della finzione predetta, la quale, appunto perchè è finzione, non può essere ampliata nelle sue applicazioni.

Fu questa un'idea opportunamente accennata dalla sotto-commissione nei lavori di coordinamento del codice civile, allorchè propose di dire che le società si considerassero quali persone giuridiche *per l'esercizio dei diritti relativi all'oggetto dell'associazione:* e ci sembra che a tale idea corrispondano le espressioni usate nelle surriferite disposizioni del codice di commercio, non applicando alle società commerciali la qualificazione assoluta di *persone giuridiche*, ma dichiarandole soltanto *enti collettivi distinti dalle persone dei soci*, per l'oggetto — s'intende — pel quale la società è costituita.

Un'altra osservazione ci rimane a fare in quest'argomento. L'articolo 229 del codice di commercio ammette potersi dalle *società civili* assumere le forme delle *società per azioni;* e in tal caso le dichiara soggette alle stesse disposizioni stabilite per le società commerciali predette, salvo ciò che riguarda il fallimento e la competenza. Sarà dunque anche ad esse applicabile la disposizione, secondo cui le società commerciali *costituiscono, rispetto ai terzi, enti collettivi distinti dalle persone dei soci?* Non vediamo ragione sufficiente per dubitarne. Colle espressioni generali della legge, che rende comuni anche alle società civili, contratte in forma di società per azioni, le stesse disposizioni che regolano codeste società secondo il codice di commercio, eccettuato solo ciò che riguarda il fallimento e la competenza, concorre anche lo spirito della legge stessa. Poichè le società civili, quando sono contratte nella forma commerciale, hanno i medesimi effetti delle società di commercio, delle quali hanno assunta la forma, sono soggette alla stessa pubblicità, regolate anche intrinsecamente nel medesimo modo, tutti i motivi, pei quali vedemmo

attribuirsi alle società commerciali una personalità giuridica, si verificano dunque altresì per le società civili predette. Anche in diritto francese era dai più ritenuto che " le società od associazioni civili costituite sotto la forma *anonima*, purchè fossero state costituite regolarmente, avessero il carattere di *persone giuridiche* „ (1). Un illustre autore — il quale però scriveva in relazione alla legge Belga — professò l'opinione contraria; osservando che se per principio incontestabile di diritto doveva ritenersi lecito alle parti di dare ad una società civile la forma di società commerciale, attribuendole eziandio quelli, tra i caratteri di quest'ultima, che non riguardino l'ordine pubblico; siccome però non è concepibile una personificazione civile senza una disposizione di legge che la stabilisca, e siccome le leggi dichiaravano persone civili le società commerciali vere e proprie, non le altre, così non poteva dipendere dalla volontà delle parti l'attribuire personalità giuridica alle società civili per ciò solo che le contraessero sotto la forma di società commerciali (2). L'argomento non manca certamente d'una grande importanza. Se non che, noi ci troviamo in una condizione ben diversa. Il nostro codice di commercio nell'articolo 229 ha riconosciuto espressamente potere le società civili assumere le forme della società per azioni; ed ha dichiarato che in tal caso sono applicabili tutte le disposizioni che regolano le società commerciali, eccettuato solo ciò che riguarda il fallimento e la competenza. Non sembra dunque possibile di porre in dubbio l'applicabilità in questo caso della disposizione, fra le altre, contenuta nel § ultimo dell'articolo 77 di detto Codice; poichè essa è una delle più fondamentali, che regolano le società commerciali, a cui vengono assimilate le civili contratte in forma di società per azioni, ed è poi affatto estranea alle eccezioni tassativamente determinate dall'art. 229.

---

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 54, nº 20-22.
(2) V. Laurent, *Principes de droit civil*, t. 26, n. 183, 221, p. 186, 228.

11. Ma sono poi veramente, tra le società civili, quelle sole che siano state contratte nelle forme delle società per azioni, le quali possano riguardarsi, rimpetto ai terzi, come *enti collettivi distinti dalle persone dei soci?* O non è vero piuttosto, che tutte indistintamente le società civili, comprese pur quelle che siano state contratte nelle loro forme ordinarie, abbiano da qualificarsi come corpi morali, come persone civili?

Tale questione si presenta non solo per le società civili vere e proprie, come sono definite e regolate dagli articoli 1697 e seguenti del Codice civile, ma eziandio per quelle associazioni, contratte in virtù del diritto che è riconosciuto a tutti i cittadini dallo statuto fondamentale del regno, le quali si differenziano dalle società civili vere e proprie in ciò, che non hanno uno scopo di lucro, ma fini diversi, o di religione, o politici, o d'istruzione, o di divertimento, o d'altro. — È però, prima di tutto, intorno alle società civili propriamente dette, che la controversia su questo punto si è sollevata, e tiene divise le opinioni.

Che in diritto romano si considerassero le società come enti morali aventi esistenza giuridica propria, e distinta dalle persone dei soci, non pare negabile (nonostante qualche autorevole opinione contraria) (1), di fronte a vari testi, che in questo rapporto parificavano le società ai municipii, alle decurie, agli altri corpi morali. Così Ulpiano diceva: " *A municipibus et societatibus et decuriis,* " *et corporibus* bonorum possessio adgnosci potest „ (L. 3, § 4, ff. *De bonorum possessionibus*). E Fiorentino: " Mor-" tuo reo promittendi, et ante aditam hereditatem, fide-" iussor accipi potest; quia *hereditas personae vice fun-" gitur; sicuti municipium et decuria et societas* „ (L. 22, ff. *De fideiussoribus et mandatoribus*). Si è pensato da alcuni che ciò riguardasse soltanto le società che dicevansi

(1) V. Doveri, *Istit. di dir. rom.*, vol. II, § 368.

pubbliche, costituite cioè per la riscossione delle imposte (*societates vectigalium*) o per l'esercizio delle miniere e delle saline, e distinte perciò dalle *società private* (L. 59, ff. *Pro socio*); argomentandolo da altri testi, ma principalmente dalle leggi 1 ff. *Quod cuiuscumque hereditatis nomine, vel contra eam agatur*, e 1 ff. *De Collegiis et corporibus;* e ritenendo risultare fino all'evidenza da quei testi " che " solo per eccezione, e in virtù d'una concessione speciale, " certe società, come quelle per la percezione delle im- " poste e per l'esercizio delle miniere, godessero del *pri-* " *vilegio* di costituirsi come persone morali „ (1). A noi sembra però, che le citate leggi romane proibissero bensì costituirsi senz' apposita concessione collegi, corporazioni, società *pubbliche;* ma non contraddicessero menomamente alla massima che anche le società *private*, costituite per consenso ed interessi appunto meramente privati, avessero il carattere giuridico di enti aventi esistenza particolare propria, distinta dalle persone dei singoli soci.

" Neque societas, neque collegium, neque huiusmodi " corpus passim omnibus habere conceditur — così diceva la prima delle leggi surricordate — nam et legibus, " et Senatusconsultis, et Principalibus Constitutionibus ea " res coërcetur. *Paucis admodum in casibus concessa sunt* " *huiusmodi corpora: ut ecce, vectigalium publicorum sociis* " *permissum est corpus habere, vel aurifodinarum, vel* " *argentifodinarum, et salinarum. Item collegia Romae* " *certa sunt, quorum corpus Senatusconsultis, atque Con-* " *stitutionibus Principalibus confirmatum est: veluti pisto-* " *rum, et quorundam aliorum, et naviculariorum, qui et in* " *provinciis sunt. Quibus autem permissum est corpus habere* " *collegii, societatis, sive cuiusque alterius eorum nomine,* " *proprium est, ad exemplum Reipublicae, habere res commu-* " *nes, arcam communem, et actorem, sive Syndicum, per*

---

(1) V. Aubry e Rau, t. IV, § 377, nª 16.

“ *quem, tamquam in Republica, quod communiter agi fierique*
“ *oporteat, agatur, fiat* „.

Or tutto ciò riguardava manifestamente, come dicemmo, i collegi, le corporazioni, le società pubbliche, la cui costituzione non era libera, bensì subordinata a speciali concessioni, e che però quando fossero legalmente costituite, esistevano ed operavano come corpi morali pubblici (*ad exemplum Reipublicae*); ma non se ne induceva che queste sole dovessero considerarsi come persone giuridiche, ad esclusione delle *società private* puramente contrattuali, le quali non abbisognavano di speciale concessione, bastando il consenso di coloro che nel loro privato interesse volessero costituirle. E che queste pure fossero considerate come persone, ci sembra che risulti chiaro dai testi citati in primo luogo, i quali le paragonavano ai municipii, alle decurie, alle corporazioni, ponendo intanto nella stessa linea anche le *eredità giacenti*, che pur non erano corpi morali pubblici: “ *quia here-*
“ *ditas personae vice fungitur, sicuti municipium, et decuria,*
“ *et societas.* „

In diritto francese molti autori professarono pure la massima che le società civili, non meno delle commerciali, fossero da riguardarsi come persone giuridiche, aventi un'esistenza propria e distinta dalla personalità individuale dei soci. Traevano argomento per questa conclusione dalle leggi romane, che abbiamo sopra citate; e reputavano poi potersi dire conformi in questa parte anche le disposizioni del codice civile Napoleonico relative alle società; perchè in molte di quelle disposizioni sono stabiliti rapporti di diritti e di obbligazioni tra la società e gl'individui che la compongono, e rapporti di proprietà sulle cose conferite nella massa sociale, proprietà attribuita alla società stessa distintamente dalle persone singole che ne fanno parte; il che tutto — dicevano — mentre concorre ad attribuire necessariamente una personalità civile alla società rimpetto ai singoli soci, deve tanto più farla consi-

derare come persona civile rimpetto a coloro che le sono estranei (1).

A queste però si contrapposero altre autorevoli opinioni in senso opposto; negando — come già abbiam notato — che il diritto romano riconoscesse nelle società una vera personalità giuridica, distinta dalle persone fisiche dei soci; sostenendo che la parola *società*, impiegata in alcune disposizioni del codice Napoleonico relativamente ai diritti ed alle obbligazioni, che la massa dei soci possa avere verso ciascuno di essi considerato individualmente, non è che una forma più comoda e più compendiosa di linguaggio per significare gl'interessi comuni dei soci presi collettivamente, in contrapposto agl'interessi individuali di ciascun associato, ma non è legittimata per ciò la conseguenza che alle società civili sia attribuita una vera e propria personalità giuridica; ed osservando poi che nelle altre disposizioni del codice stesso, in cui non si tratta più delle *obbligazioni dei soci tra loro*, ma delle *obbligazioni dei soci verso i terzi* — nel quale ordine di rapporti appunto dovrebbero più specialmente manifestarsi le conseguenze d'una personalità giuridica, che fosse attribuita alle società civili — la legge non parla nemmeno più *della società*, che come tale sia obbligata verso i terzi contraenti, ma solo *dei soci* considerati individualmente, stabilendo la proporzione in cui ciascuno di essi debba essere tenuto verso i creditori (2).

Anche nel diritto nostro si è manifestata intorno all'accennato punto di questione qualche incertezza. Già riferimmo come negli stessi lavori preparatorii del codice venissero espresse a tale proposito opinioni contrarie dal

---

(1) V. Proudhon, *Tr. des droits d'usufruit*, etc., t. II, n. 2065; Duranton, t. XVII, n. 334; Duvergier, (*continuation de l'ouvrage de* Toullier) *Du contrat de société*, n. 381, 382; Troplong, *Du contrat de société*, n. 58, ss; Délangle, *Des sociétés commerciales*, n. 14, ss.

(2) V. Fremery, *Etudes de droit commercial*, p. 30, ss; Vincent, *Législation commerciale*, t. I, p. 292; Marcadé, art. 529, § II, t. II, n. 379; Demolombe, t. IX, n. 415; Aubry e Rau, t. IV, § 377, nª 16; Laurent, t. XXVI, n. 181, 182.

ministro proponente e dalla commissione del senato. Il ministro nell'esporre i motivi dell'articolo 2, portante l'indicazione delle persone giuridiche, enunciò di non avervi comprese le società civili contrattuali, perchè si risolvono nelle relazioni dei soci tra loro o coi terzi, ma *non presuppongono il concetto d'un ente morale, anzi lo escludono* (1). La commissione senatoria, all'opposto, non incluse fra i corpi morali legalmente ammessi nel regno le *società* di commercio, per questa ragione, fra l'altre, che " se fra le " persone morali si fa menzione delle società commerciali, " vi si dovrebbero pure menzionare *le civili, che sono con-* " tratti *od enti giuridici al pari delle commerciali* „ (2). Nelle discussioni poi della commissione coordinatrice, la sotto commissione, che fu incaricata di presentare una nuova formola per l'articolo 19 del progetto senatorio — corrispondente all'articolo 2 del codice ora vigente — propose di dichiarare *persone giuridiche tutte le società lecite costituite nelle forme volute dalla legge*, comprendendovi così anche le *società civili*, propriamente dette, e solo limitando i diritti del cui godimento sarebbero investite, a quelli *relativi all'oggetto dell'associazione*, ed assoggettandole inoltre ad un'autorizzazione da riportarsi mediante decreto reale per gli *acquisti a titolo gratuito*. Vi fu però chi sostenne, con molta autorità, che se nel codice si volesse attribuire espressamente la personalità giuridica a qualche società, si dovesse limitarsi a parlare " delle *società commerciali,* " che hanno un'esistenza certa e definita dalla legge; " quanto alle società private, esse dovessero stare sotto la " *tutela del diritto comune* „. Altri opinò che nessuna società, nè commerciale, nè civile, potesse mai avere il carattere vero di persona giuridica. Ed in fine il presidente osservò, che se in astratto può sostenersi ogni società costituire un corpo morale, nel senso che intellettualmente si concepisce

(1) V. *Relazione* Pisanelli, p. 2.
(2) V. *Relazione* Vigliani, p. 16.

la collettività dei soci come qualche cosa di distinto dalle singole persone fisiche di essi; in concreto però l'attribuzione d'una vera personalità giuridica, con tutti gli effetti legali che ne conseguono, può ammettersi nelle società di commercio, per le quali questa concessione è una necessità, affinchè possano agire efficacemente, nè presenta inconvenienti, atteso alla loro pubblicità; ma “ non sa-“ rebbe da estendersi alle molte specie di società civili “ possibili, che potrebbero essere ignorate, o non abba-“ stanza comprese, perchè potessero dirsi presuntivamente “ almeno riconosciute „; essere quindi più opportuno “ lasciare libero, come pel passato, alla giurisprudenza, “ secondo l'apprezzamento dei casi e delle circostanze, e “ secondo la ragione dei tempi, il giudizio sulla questione “ teorica in esame „ (1).

La giurisprudenza ebbe infatti già più volte occasione di doversi pronunciare sulla predetta questione. La corte di cassazione di Torino proferì nel 17 gennaio 1867 una decisione, in cui disse: “ che la regola, ond'è costante, che “ la società è un ente morale, collettivo, indivisibile, è “ solo soggetta ad eccezione quando si tratti di associa-“ zione in partecipazione; *qualunque altra società, sia civile* “ *o commerciale, costituisce una persona fittizia*, la quale ha “ sede dove ha il suo principale stabilimento, ha volontà “ propria, ha beni ed azioni, e può anche essere credi-“ trice o debitrice dei soci stessi che la compongono „ (2). Ma in un'altra sentenza del 27 febbraio 1875 la stessa corte parve volgersi ad una massima contraria, poichè ritenne che “ sebbene nelle società puramente civili le cose messe “ in comunione da cadauno dei soci cessino d'essere di “ particolare spettanza di quelli fra i soci che le hanno “ conferite, e si confondano insieme per formare una sola “ massa sociale, da ciò però non segue che nessun diritto

---

(1) V. *Processi verbali*, n. 21, § III, p. 236-239.
(2) V. *Giurisprudenza Italiana*, vol. XIX, col. 39.

" di proprietà più competa ai singoli soci sulle cose della " società, ma solo ne deriva che il diritto di proprietà, " già sociale sulle cose apportate, si converta in diritto di " partecipare alla proprietà della massa comune in pro- " porzione della rispettiva quota sociale „ (1). Ciò equivale a dire che le *società puramente civili* non costituiscono persone giuridiche per sè stanti e distinte dalle persone fisiche dei soci; giacchè, se tali fossero, i beni formanti la massa sociale dovrebbero costituire il patrimonio dell'ente giuridico società, nè fintantochè essa durasse ciascuno dei soci potrebbe avere individualmente alcun diritto particolare di comproprietà su quei beni, ma solo gli apparterrebbe un diritto mobiliare, corrispondente alla sua quota sociale, com'è espresso rispetto alle società di commercio o d'industria nell'art. 418 del Codice civile.

La corte d'appello di Torino poi, in una sentenza del 7 aprile 1879, considerò esplicitamente: " che sebbene non " si possa in teoria contestare il principio, secondo il " quale ogni società possa essere riconosciuta persona " civile, siccome il risultato di una operazione intenzio- " nale, di un'astrazione intellettuale, tuttavia praticamente, " nel sistema legislativo presso di noi vigente, non si può " riconoscere *a priori* nelle *società civili* . . . . il carattere " di ente morale avente personalità civile distinta da quella " dei soci; mentre dai verbali della commissione legis- " lativa risulta come non abbia la commissione mede- " sima voluto *in iure constituto a priori* attribuire la per- " sonalità civile neppure alle società commerciali „ (2).

La Corte di Cassazione di Roma, in una decisione del 19 febbraio 1879, sulla quale dovremo ritornare più innanzi, ebbe solo occasione di accennare alla disputabilità della questione, se le società civili abbiano personalità giuridica, senza che le occorresse di doverla risolvere, perchè " nella

(1) V. *Giurisprudenza Italiana*, 3ª serie, vol. XXVII, col. 634.
(2) V. *Legge*, anno XIX, parte II, p. 272.

" specie trattavasi di un'associazione di mutuo soccorso,
" e di natura ben diversa dalla società civile, la quale
" per l'art. 1697 del Codice civile ha per fine la divi-
" sione del guadagno tra le persone che convengono di
" mettere qualche cosa in comune „ (1).

Uno dei nostri scrittori, che si è occupato di questa questione, l'ha risolta nel senso che " le società civili " non siano persone morali o giuridiche fornite di esi- " stenza propria e indipendente dalla personalità indivi- " duale dei soci „ adottando interamente le considerazioni svolte a questo proposito dai signori Aubry e Rau nel luogo che abbiamo già citato (2). E pare a noi pure esser questa l'opinione che possa con maggior fondamento essere accolta.

12. Per ciò che concerne l'autorità delle leggi romane, osservammo già come sia contraddetto da illustri giureconsulti che secondo quelle leggi fosse attribuita alle società civili una vera personalità giuridica. Ma ritenuto pure, com'è parso a noi, che veramente quelle società fossero riguardate quali persone civili, non ci sembra tuttavia che sia questo il caso di poter ricorrere, in mancanza di precisa disposizione della legge vigente, al diritto romano come manifestazione dei *principii generali di diritto* (art. 3, § 2 delle disposizioni premesse al codice civile). L'attribuzione della personalità giuridica ad un ente morale non può essere che il risultamento d'una *finzione di diritto;* nè questa può concepirsi senza un'espressa disposizione delle leggi in vigore, che la stabilisca. Parlare di una *finzione da ammettersi in base ai principii generali di diritto*, è un assurdo. Attingerla dalle leggi romane, le quali non possono avere ora virtù obbligatoria presso noi, se non in quanto contengano appunto quei principii generali di

---

(1) V. *Legge*, anno XIX, parte I, p. 661.
(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di dir. civ. it.*, lib. III, parte 3ª, § 5, nota 1.

diritto, che secondo l'articolo 3 sopra citato debbono supplire al difetto di precise disposizioni della legge attuale circa dati rapporti, non è quindi possibile.

Venendo agli argomenti dedotti dal testo delle disposizioni dei codici moderni relative alle società civili, abbiamo noi pure negli articoli 1709 al 1723 del Codice italiano regole identiche a quelle contenute negli articoli 1845 al 1859 del codice Napoleonico, le quali vedemmo citate in appoggio della opinione che anche le società civili siano vere persone giuridiche. Ma ci sembra facile a dimostrarsi che la deduzione tratta da quelle disposizioni è erronea, dipendendo da un falso modo d'intendere le espressioni adoperate dal legislatore. Perchè i testi dicono essere ogni socio debitore *verso la società* di tutto ciò che ha promesso di conferire, degl'interessi delle somme promesse, dal giorno in cui doveva eseguirne il pagamento, e del risarcimento dei danni cagionati *alla società* medesima per propria colpa; perchè dicono che quello dei soci, il quale abbia ricevuta l'intera sua porzione di un credito comune da un debitore divenuto poscia insolvente, deve conferire nella massa la somma ricevuta; che le cose poste in comunione rimangono a rischio e pericolo *della società;* che ciascun socio ha azione *contro la società* per la restituzione delle anticipazioni fatte, e pel rilievo dalle obbligazioni assunte per gli affari sociali; che ciascun socio può servirsi delle cose *appartenenti alla società,* purchè non lo faccia contro l'interesse di essa, o in modo da impedir l'uso agli altri soci, ma non può fare innovazione sugl'immobili *dipendenti dalla società,* se i consoci non vi acconsentano; da tutto ciò si vuole inferirne che anche la società civile esista come persona giuridica distinta dalle persone dei soci, poichè può esser loro creditrice o debitrice, e possiede beni in proprio, ed è investita di diritti, e soggetta ad obbligazioni.

Vi è qualche cosa di vero in queste osservazioni; e nondimeno ci sembra che non sia giustificata la conchiusione

che se ne vuole trarre. È vero infatti, che i testi citati considerano la società come distinta dai singoli soci, postochè la dicono proprietaria dei beni da essi conferiti, ed ammettono che sia o possa essere loro creditrice o debitrice. Nè vorremmo affermare — come fu detto dai signori Aubry e Rau, e ripetuto dal Pacifici-Mazzoni — che la parola *società* sia stata adoperata in quei testi *per semplice forma più comoda ed abbreviata di linguaggio*, onde esprimere la comunione d'interessi tra i soci. È certamente qualche cosa di più che una semplice forma di dire il riconoscere nella società, distintamente dai singoli soci, il diritto di proprietà sui beni da essi posti in comunione, e l'attribuirle la qualità di creditrice e debitrice dei soci medesimi. Senonchè da questo, al dire che la società civile goda di una vera personalità giuridica, con tutti i diritti e tutte le conseguenze che ne dipendono, la distanza è ancora assai grande; come faceva notare il *Cassinis* allorchè la commissione coordinatrice discuteva su questo argomento. Certo, la società è dessa la proprietaria dei beni posti in comunione, sicchè a lei, non singolarmente al socio che li ha conferiti, ne incombe il rischio e il pericolo. Certo, la società è creditrice dei singoli soci per ciò che hanno promesso di conferire, pei relativi interessi, pel risarcimento dei danni causati da loro colpa, ed è loro debitrice per la restituzione dei capitali sborsati a conto della società, pel rilievo dalle obbligazioni contratte in buona fede per gli affari sociali, pei rischi inseparabili dall'amministrazione. Ma per *società* non s'intende qui altro che *la riunione di fatto di tutti i soci*, considerati non individualmente, bensì collettivamente; non s'intende un ente giuridico idealmente personificato. Molte considerazioni possono addursi per dimostrarlo, delle quali accenneremo tra breve le principali.

Il Troplong, per provare che le società civili possano considerarsi come persone giuridiche, sebbene la legge non lo abbia dichiarato, propone, tra gli altri, un riflesso per sè medesimo giusto:

“ Non vi fu bisogno d'una legge — egli dice — per
“ riguardare come costituenti un corpo i capi di bestiame
“ componenti un gregge; la logica ha fatto tutto da sè;
“ poi son venuti i giureconsulti, i quali hanno trattato
“ questa astrazione come una realtà giuridica produttiva
“ di speciali conseguenze „ (1). È verissimo. Ma un gregge si considera forse come una *universalità giuridica?* O non è piuttosto una semplice *universalità di fatto?* E passando dalle cose alle persone; anche una società, considerata nella riunione di coloro che la compongono, è una collettività, distinta quindi necessariamente dai singoli individui che ne fanno parte; ed a queste persone, solo in quanto agiscano collettivamente, possono appartenere certi diritti, incombere certe obbligazioni verso ciascuna delle persone stesse considerate individualmente, senzachè per altro a quella riunione di fatto si attribuisca il carattere d'un ente giuridico idealmente personificato. È questo appunto il concetto, che reputiamo doversi formare intorno alle società civili; ed è nell'avere scambiato la collettività di fatto delle persone componenti tali società, coll'esistenza in diritto d'un ente fittizio, che crediamo consistere l'equivoco, per cui male argomentando dalle citate disposizioni di legge, se n'è inferito che le società civili siano enti giuridici al pari delle società commerciali.

È innegabile, infatti, che i diritti riconosciuti a favore della *società* verso i singoli soci, dagli articoli 1709 e seguenti del codice civile, spettano collettivamente alla riunione dei soci medesimi, non a ciascuno di essi singolarmente; come i diritti, che ciascun socio ha verso la società, debbono essere da lui esercitati contro la riunione degli altri soci, non contro ciascuno individualmente. Così, trattandosi di esigere da un socio ciò ch'egli ha promesso di conferire, e i corrispondenti interessi, o il risarcimento dei danni cagionati per sua colpa alla società, è solo la riu-

(1) V. Troplong, *Du contrat de société*, n. 69.

nione dei soci, che può esercitare le relative azioni; ma non potrebbe ciascuno di essi chiedere al socio debitore il pagamento di una parte del debito corrispondente alla quota per la quale l'attore partecipa alla società. E reciprocamente il socio, che abbia a chiedere il rimborso di somme pagate o l'adempimento di obbligazioni contratte, od il rifacimento di danni sofferti per conto sociale, deve agire contro tutti gli altri soci collettivamente, affinchè vi soddisfacciano coi mezzi comuni della società, non contro ciascuno dei soci medesimi individualmente, perchè vi soddisfaccia cogli altri suoi beni soltanto.

Da ciò però non risulta che in quelle disposizioni la società sia inoltre stata considerata come un ente giuridico avente esistenza sua propria e distinta; è facile anzi convincersi del contrario. Lo accenna già, innanzi tutto, la intestazione stessa di questo Capo del titolo relativo al contratto di società, che tratta delle *obbligazioni dei soci tra loro e relativamente ai terzi;* donde apparisce essersi riguardate queste obbligazioni come esistenti a carico *dei soci*, o considerati individualmente, o considerati nella loro riunione; ma non a carico d'un ente giuridico fittizio costituito nella *società*. Alcune inoltre delle disposizioni di legge, che vengono invocate come dimostranti l'esistenza di questo ente giuridico, provano anzi apertamente il contrario. L'articolo 1849 del codice francese, ed il 1713 corrispondente nel codice nostro, stabilendo che il socio, il quale *abbia ricevuta l'intera sua porzione di un credito comune*, rilasciandone quitanza espressa *a sconto della sua porzione*, debba conferire alla massa ciò che ha ricevuto, se il debitore sia poi divenuto insolvente, suppongono che uno dei soci abbia potuto validamente, rimpetto ad un debitore della società, riscuotere *per la propria porzione* il credito comune; ciò che sarebbe assurdo se il credito appartenesse alla società, come ente giuridico distinto dalle persone dei soci. L'articolo 1723, n. 2° del codice nostro (1859, n. 2° codice francese) riconosce a ciascun socio il diritto di usare delle cose

sociali, compatibilmente coll'interesse della società, e coll'uguale diritto d'uso appartenente agli altri soci; ciò che si accorda col concetto d'una comunione di beni (art. 675 codice civile) ma sarebbe inconciliabile coll'appartenenza di quelle cose ad una persona giuridica, diversa dalle persone dei soci. Lo stesso articolo 1723 al n. 4° vieta espressamente a ciascun socio di fare innovazioni sui beni immobili dipendenti dalla società senza il consenso degli altri soci; e ciò pure è conforme alle regole relative alla semplice comunione di beni (art. 672 Cod. civ.), ma sarebbe affatto superfluo il dichiararlo qualora i beni non appartenessero in alcun modo individualmente ai singoli soci, ma ad un ente giuridico distinto fittiziamente da loro.

È notevole poi come l'opinione che combattiamo argomenti pel suo assunto unicamente da alcune delle disposizioni relative alle *obbligazioni dei soci tra loro,* lasciando affatto in disparte le altre concernenti le *obbligazioni dei soci verso i terzi;* mentre, se veramente le società civili fossero da riguardarsi come *persone giuridiche,* le conseguenze di ciò dovrebbero anzi manifestarsi principalmente nei rapporti coi terzi. Ora, queste disposizioni, contenute negli art. 1726 al 1728 del nostro codice (1862-1864 codice francese), escludono evidentemente l'ipotesi d'una personalità giuridica nelle società civili. Dagli articoli 1726 e 1727 risulta, che qualora tutti i soci unitamente abbiano contrattato con un terzo, il creditore non ha azione, se non individualmente contro ciascun socio per parti eguali; che qualora un solo abbia contrattato senza mandato degli altri, ancorchè esprimendo di obbligarsi per conto sociale, egli solo rimane tenuto pel tutto verso il creditore, a meno che la cosa sia stata rivolta in vantaggio della società. Se la società fosse una persona giuridica, avente esistenza propria e distinta, la stipulazione fatta da un terzo colla società stessa legittimamente rappresentata, o per l'intervento di tutti i soci, o di quelli che ne avessero mandato legale, dovrebbe produrre un credito unico esperibile verso l'ente

giuridico, società, non già dar luogo a sorgere altrettante obbligazioni parziali quanti sono i soci; e la stipulazione con un solo dei soci, non avente qualità per agire rappresentando la società, non dovrebbe produrre effetto alcuno, se non quando il socio contraente si fosse obbligato promettendo il fatto della società medesima o la ratifica di essa (art. 1129 Cod. civ.).

Ciò che abbiam detto finora riguarda gli argomenti dedotti, per la opinione che combattiamo, dal testo delle disposizioni concernenti la società civile. Se poi si ritorni colla mente ai motivi, pei quali furon dichiarate persone giuridiche le società commerciali, crediamo non potersene che ricavare argomenti a conferma del concetto escludente una simile qualificazione per le società civili. Basterà ricordare le riflessioni così opportunamente fatte dal presidente della commissione coordinatrice, e brevemente riferite nel processo verbale che abbiamo altra volta citato (1).

Le società commerciali vivono e si svolgono in continue necessarie relazioni coi terzi, si fondano sul credito, per esso si mantengono e possono prosperare. Ora, non sarebbe sperabile che il credito le assistesse, se i terzi contraenti non si trovassero a fronte di una persona giuridica, indipendente dagl'individui componenti la società, avente un patrimonio proprio intangibile dai creditori particolari dei soci; epperò era una necessità il costituire le società commerciali in enti collettivi distinti dalle persone dei soci; necessità d'ordine anche pubblico, perchè all'interesse generale, indirettamente almeno, si attiene l'esistenza di queste società commerciali. Può dirsi altrettanto delle società civili? Esse vivono d'operazioni che si compiono tra i soci, sovra beni da essi posti in comune per dividere i guadagni che ne possono trarre; le loro relazioni coi terzi non sono maggiori, nè diverse di quelle che avrebbe un solo privato, il quale fosse proprietario dei beni da essi posti in

(1) V. *Processo verbale*, n. 21, p. 239.

comunione; il credito, e l'interesse generale, non hanno qui parte alcuna.

Nelle società commerciali, quantunque non soggette ora ad ingerenza e tutela governativa, sono però offerte speciali guarentigie dall'intervento del tribunale di commercio, che deve verificare l'adempimento delle condizioni richieste per la legittima costituzione delle società stesse, e dalla amplissima pubblicità che vien data agli atti sociali. È così parimente delle società civili, le quali nascendo e svolgendosi nel segreto, possono essere ignorate dai terzi, che contrattino particolarmente coll'uno o coll'altro dei soci, e ne divengano creditori, talchè l'esistenza della società come persona giuridica sottrarrebbe alla loro guarentìa beni, sui quali avevano potuto in buona fede fondare la sicurezza dei loro crediti, e potrebbe divenire talvolta un mezzo di frode in loro danno?

Ci sembra pertanto che anche in pura teoria possa abbastanza giustificarsi la massima, che le società civili, a differenza delle commerciali, non abbiano a considerarsi come enti giuridici distinti dalle persone dei soci.

13. Le conseguenze derivanti dalla massima predetta sono poi d'una importanza pratica rilevantissima.

Le società civili non essendo persone giuridiche, la proprietà ed il possesso dei beni sociali non è dunque concepibile come esistente presso un ente distinto dalle persone fisiche dei soci. Sono i soci stessi, che posseggono indivisamente, a titolo di comunione, tutto ciò che costituisce il fondo sociale. La legge lo esprime chiaramente quanto ai beni conferiti in origine per la formazione della società, dicendo nella definizione di essa che, i contraenti " convengono di *mettere qualche cosa in comunione* al fine di dividere il guadagno che ne potrà derivare "; nè vi è ragione perchè possa essere diversamente degli acquisti, coi quali il fondo sociale venga durante la società ad accrescersi. I soci sono pertanto, in ciò che concerne i beni

sociali, nella condizione di *partecipanti ad una comunione;* e conseguentemente, in questo rapporto, sono le regole stabilite nel titolo IV del libro II del codice che si debbono applicare. Quindi ogni socio ha la piena proprietà della sua quota e dei relativi utili o frutti, e può disporne, cederla, ipotecarla — qualora il fondo sociale sia composto in tutto od in parte di beni capaci d'ipoteca — salvochè l'effetto dell'alienazione o dell'ipoteca deve intendersi limitato a ciò che venga effettivamente a spettare a quel socio nella divisione da farsi a società finita (arg. art. 679 Codice civile).

Il diritto spettante a ciascun socio, in ragione della sua quota, sui beni componenti il fondo sociale, è da considerarsi come immobiliare, o come mobiliare secondo la natura dei beni medesimi. Se il fondo sociale sia formato intieramente di beni immobili, il diritto di ciascun socio sarà da annoverarsi esso medesimo fra i *beni immobili per l'oggetto* a cui si riferiscono (art. 415 Cod. civ.). Nè potrà farsi applicazione della massima stabilita nell'articolo 418, che le azioni o quote di partecipazione nelle società siano da considerarsi come *mobili per determinazione della legge, quantunque alle società medesime appartengano beni immobili;* perchè questa massima riguarda esclusivamente *le società di commercio o d'industria*, e dipende dalla considerazione, che essendovi in tal caso una persona giuridica distinta da quella dei soci, alla quale spetta la proprietà degl'immobili formanti il fondo sociale, il diritto dei soci, finchè dura la società, si risolve in una semplice ragione di credito, nè perciò può essere considerato altrimenti che come mobiliare. Se il fondo sociale sia invece composto totalmente di beni mobili, il diritto di ciascun socio andrà compreso tra i *beni mobili per determinazione della legge*, a termini dello stesso articolo 418. Se in fine siano compresi nel fondo sociale beni immobili e beni mobili, la determinazione definitiva del carattere mobiliare o immobiliare del diritto spettante a ciascun socio, rimarrà sospesa fino all'evento

della divisione; la quale coll'effetto suo *dichiarativo* verrà a stabilire di quali beni ciascuno dei condividenti sia da reputarsi essere stato fin dall'origine esclusivo proprietario (art. 1034, 1736 cod. civ. combinati); epperò, secondo che i beni assegnati in ciascun lotto divisionale siano mobili od immobili, il diritto del socio, a cui quel lotto pervenga, sarà da qualificarsi come mobiliare o come immobiliare.

Coloro che abbiano contratto crediti verso una società civile non possono essere considerati che come creditori personali dei singoli soci; poichè, a differenza delle società commerciali, le civili non sono persone giuridiche aventi esistenza propria. Ciò d'altronde è riconosciuto esplicitamente — come già abbiamo notato — nelle disposizioni degli articoli 1726 e 1727 del codice. Ne seguirà dunque, che i creditori d'una società civile si troveranno in pari condizioni degli altri creditori personali dei singoli soci, e dovranno concorrere per contributo con essi per la quota di debito stante rispettivamente a carico di ciascuno dei soci medesimi (art. 1949 Cod. civ.). Ne seguirà parimente, che fra un credito o un debito particolare d'uno dei soci verso una determinata persona, ed un credito o un debito di questa persona verso la società, per la quota spettante a quel medesimo socio, possa farsi luogo a compensazione; poichè, non vi essendo di mezzo la persona giuridica della società, come avverrebbe se si trattasse di società commerciale, quella persona ed il socio si troveranno realmente debitori l'uno verso l'altro, verificandosi così esattamente il caso previsto nell'art. 1285 cod. civ.

Quando si tratti di agire in giudizio per affari relativi ad una società civile, ognuno dei soci, che intenda partecipare all'azione, dovrà esercitarla individualmente in proprio nome, nè potrà ritenersi legittimamente rappresentato da altro socio, a cui non ne abbia conferito speciale mandato, in virtù soltanto della disposizione scritta nell'articolo 1723, n. 1° Cod. civ.; poichè la facoltà, che secondo tale disposizione si presume che i soci siansi data

reciprocamente, essendo limitata alla semplice amministrazione, non può comprendere quella di agire in giudizio. Qualora poi siano invece terze persone, che abbiano ad agire giudizialmente per obbligazioni contratte per conto sociale, quei terzi non sono certamente tenuti a trarre in giudizio contemporaneamente tutti i soci; ma avendo diritti esercibili distintamente contro ciascuno di essi, secondo ciò che è stabilito nell'articolo 1727 del codice civile, possono agire anche solo contro alcuni, salvo dover limitare la domanda alla quota di cui sono rispettivamente tenuti a norma dell'articolo stesso (1). Però in nessun caso potrebbero agire efficacemente contro tutti i soci, citando quelli soli di essi che fossero costituiti amministratori della società (confr. articolo 137, § 1°, codice procedura civile).

14. Vi sono associazioni, che non hanno il carattere di corpi morali legalmente riconosciuti, e molte delle quali non potrebbero neanche acquistarlo, non avendo scopi di interesse generale diretto, per cui possano ottenere dal potere pubblico la costituzione in enti giuridici; e che d'altra parte non sono nemmeno *società civili*, nel senso definito dall'art. 1697 del Codice, perchè manca in quelle la condizione essenziale per la esistenza di tali società civili, d'esservi un fondo comune creato dai soci mediante i conferimenti da essi fatti, colla intenzione di compiere sul fondo medesimo operazioni dirette a trarne guadagno, per dividere poi i benefizi che se ne possano ricavare. Tali sono le associazioni, che si formano per fini di mutua assistenza e soccorso tra operai o tra professionisti, o per fini religiosi, politici, scientifici, letterari, artistici, od anche solo di passatempo; delle quali le specie sono multiformi, ed il numero già grandissimo va sempre aumentando.

---

(1) V. Aubry e Rau, t. IV, § 377, p. 547, 548; Laurent, t. XXVI, n. 182.

Ora, a queste associazioni è da attribuirsi il carattere di persone giuridiche? Porre in tal modo la questione è quanto risolverla negativamente. È libero bensì a tutti i cittadini di associarsi e radunarsi per qualunque fine lecito: è un diritto guarentito dallo statuto fondamentale del regno. Ma da ciò non deriva che a tali associazioni, solo perchè legittimamente formate, spetti senz'altro la *personificazione civile*. Questa è una finzione legale; la quale evidentemente presuppone una disposizione di legge che la stabilisca. Dov'è la disposizione di legge, che faccia considerare come persone tutte le associazioni di cui parliamo? Non è certamente nell'articolo 2 del codice civile, che parla soltanto dei comuni, delle provincie, degl'istituti pubblici civili od ecclesiastici, e dei corpi morali *legalmente riconosciuti*. E rammentando ciò che fu espresso nei lavori preparatori del codice, ne risulta colla maggiore chiarezza possibile che neppur si volle dichiararvi la personalità giuridica delle *società di commercio* " essendo " sembrato più congruo lasciarle intieramente soggette " alle norme del diritto commerciale „; e meno poi si volle definire legislativamente se le *società civili*, e le altre associazioni, che non hanno per oggetto nè il commercio, nè il porre in comunione determinate cose al fine di dividere il guadagno che ne potrà derivare, fossero da qualificarsi come persone giuridiche, affinchè " rimanesse " libero alla giurisprudenza il giudizio sulla questione " teorica in esame „. A noi è sembrato che neppure le *società civili* vere e proprie, come sono definite nell'articolo 1697, possano riguardarsi quali persone giuridiche. Ma quando pure fosse da adottarsi l'opinione contraria, reputeremmo tuttavia che una simile qualificazione non fosse da applicarsi a quelle associazioni, che non essendo *corpi morali legalmente riconosciuti*, non hanno nemmeno i caratteri essenziali di società civili propriamente dette. Ci sembra giustissimo ciò che ritenne a tale proposito una delle nostre corti d'appello; che, cioè " non si può

“ riconoscere *a priori* nelle società civili, e *tanto meno poi* “ *nelle associazioni della specie di quella del Whist*, esistente “ in Torino, il carattere di ente morale avente persona- “ lità civile distinta da quella dei soci „ (1). E in verità, per le società civili propriamente dette vi sono alcune disposizioni di legge — come quelle, che abbiamo sopra cennate, degli articoli 1709 al 1723 del codice civile — le quali danno un'apparenza di fondamento, sebbene non vero, secondo noi, all'opinione che il legislatore abbia implicitamente attribuita a quelle società una personalità giuridica. Ma questo stesso appoggio manca per le altre associazioni di cui ora parliamo, e che non possono essere riguardate come società civili, in mancanza del carattere essenziale di avere per fine *il guadagno*. Bisognerebbe dunque, per ritenerle persone giuridiche, ammettere l'esistenza d'una finzione di diritto senz'alcuna disposizione di legge che la stabilisse; il che è troppo manifestamente assurdo.

Posto però che codeste associazioni non possano qualificarsi come *persone giuridiche*, resta a determinarsi quale sia il loro vero carattere; non potendosi disconoscerne la esistenza in fatto, nè negare l'importanza che molte volte hanno, non solo nei rapporti privati, ma nei pubblici ancora. Se non che, non ci sembra che la soluzione del dubbio debba incontrare gravi difficoltà. Ognuna delle associazioni predette costituisce una *universalità di fatto*, un'aggregazione d'individui operanti in comune per un determinato fine, sotto il vincolo di patti che regolano i loro rapporti reciproci, ed anche gli scopi ed i limiti della loro azione collettiva esterna. Se dunque da questa associazione, da questa riunione di persone, non sorge un ente ideale e fittizio, a cui la legge attribuisca la capacità di godere ed esercitare diritti civili, vi è però un corpo collettivo, che

(1) V. decisione della Corte di appello di Torino, 7 aprile 1879; *Legge*, anno XIX, parte II, n. 272.

esiste di fatto, in virtù del contratto risultante dal consenso di coloro che entrano a farne parte assumendo gli obblighi ed acquistando i diritti stabiliti dalle norme statutali di codeste associazioni; e questa loro esistenza contrattuale, entro i limiti del diritto privato, e fin dove non siano in verun modo violate leggi proibitive, nè sia offeso l'ordine pubblico od il buon costume, può ben essere suscettiva di dar luogo ad effetti giuridici, sia nei rapporti degli associati fra loro, sia relativamente ai terzi.

15. Nel principio ora accennato, e che secondo il nostro modo di vedere dovrebbe servire a determinare il carattere giuridico di quelle associazioni, che non essendo legalmente riconosciute come corpi morali, non possono neppure qualificarsi come società vere e proprie, nè commerciali, nè civili, si troverebbe eziandio il mezzo di risolvere, senza molte difficoltà, il dubbio che nasce intorno allo stabilire in capo di chi sia da reputarsi risedere la proprietà dei beni acquistati per l'associazione; a chi competano veramente i crediti contratti in nome di essa; a chi incombano le obbligazioni per essa assunte.

Poichè non vi è un ente ideale, a cui si possa fittiziamente attribuire la proprietà dei beni dell'associazione, e tutto si riduce all'aggregazione di fatto d'un numero più o meno grande d'individui, che tengono quei beni in comune, non sono dunque applicabili altre regole di diritto, relativamente alla proprietà, fuor di quelle riguardanti la *comunione di beni* (art. 673 e seg. cod. civ.). S'intende, che in materia, com'è questa, d'interesse meramente privato, potrà a tali regole essere derogato da quelle che contrattualmente siano state determinate dagli associati; e gli statuti delle associazioni potranno provvedere, e generalmente provvederanno a stabilire, come possa farsi luogo allo scioglimento di esse; il quale, del resto, non potrebbe secondo le stesse regole comuni dipendere dalla sola domanda di ciascuno dei partecipanti, a tenore del-

l'art. 681 del codice civile, trattandosi di cose che dividendosi cesserebbero di servire all'uso a cui sono destinate (art. 683 cod. civ.). Gli statuti potranno pure determinare che i singoli soci, i quali vogliano ritrarsi dall'associazione, perdano ogni diritto a rivendicare la parte, che loro spetterebbe sui beni comuni, devolvendosi essa a profitto degli altri associati (1).

I crediti contratti, e le obbligazioni assunte in nome dell'associazione, non possono che ritenersi spettanti individualmente ai singoli associati, ripartendosi tra loro in ragione della quota per la quale rispettivamente partecipano all'associazione. Questa pure è una conseguenza inevitabile del non esservi al disopra dei singoli associati un ente giuridico, stabilito per finzione legale, che personifichi la loro riunione.

16. Fino a questo punto la teorica può procedere, per quanto ne pare, abbastanza piana e sicura. Le difficoltà più gravi cominciano quando si tratta di stabilire se e quale rappresentanza legittima possano avere queste associazioni — che non sono corpi morali legalmente riconosciuti, nè società commerciali, nè società civili propriamente tali — nello stipulare diritti, nel contrarre obbligazioni, nell'agire o difendersi in giudizio. Si tratta, per esempio, di acquistare certi beni, di alienarne certi altri; si tratta di concedere o prendere un mutuo, di dare o prendere ad affitto un immobile, di trarre in giudizio un debitore, o respingere un'azione intentata da un preteso creditore. In questi atti estragiudiziali o giudiziali potrà costituirsi come legittimo rappresentante di tutti gli associati, e stipulare validamente per loro, od assumere obbligazioni, ch'essi siano poi tenuti ad adempiere, o piatire legalmente, di modo che le sentenze da pronunciarsi facciano stato a favore od a carico di tutti gli associati

---

(1) Confr. Laurent, t. XXVI, n. 188.

medesimi, il presidente dell'associazione, od il consiglio amministrativo, o chi insomma, a norma degli statuti particolari, sia deputato a reggere e governare l'associazione stessa? Gli amministratori di tali associazioni non possono certamente avere la rappresentanza legale di tutti gli associati, allo stesso titolo pel quale i corpi morali legalmente riconosciuti, le società commerciali, ed anche le stesse società civili sono o possono essere rappresentate dai rispettivi amministratori; per la ragione evidente, che qui non vi è una persona giuridica, e nemmeno una società civile nel vero senso definito dell'art. 1697 del codice civile. Nondimeno non si potrebbe escludere ogni rappresentanza legittima degli associati, per mezzo di coloro che secondo i particolari statuti siano a ciò deputati, senza rendere più che difficile, pressochè impossibile, l'esistenza di queste associazioni, composte spesso d'un numero grandissimo di persone, le quali nè potrebbero intervenire personalmente a ciascuno dei tanti atti, che quotidianamente occorrono per provvedere ai bisogni ed agl'interessi comuni, nè conferire ad ogni volta un mandato ad alcuni di loro. La dottrina e la giurisprudenza concordano quindi generalmente nel considerare senz'altro gli amministratori costituiti da un'associazione, a norma del proprio statuto, come mandatari dei singoli soci; a nome dei quali possono perciò — entro i limiti, s'intende, della facoltà ad essi conferite — acquistare beni, alienarli, stipulare crediti od altri diritti, contrarre obbligazioni, od imporre carichi reali ai beni, stare in giudizio come attori o come convenuti.

Secondo questa teorica gli amministratori predetti, negli atti che compiono per l'interesse comune, opererebbero quindi in una duplice qualità; tanto, cioè, in nome proprio, come membri, ch'essi pure sono, dell'associazione, quanto in nome degli altri associati, in virtù del mandato da questi conferito conformemente allo statuto, o mediante una speciale deliberazione.

A quest'ordine d'idee si è in sostanza conformata anche la giurisprudenza delle corti e dei tribunali nostri; poichè in molte decisioni fu ritenuto bensì che le associazioni di cui parliamo, non essendo persone giuridiche, ma semplici riunioni di fatto e contrattuali, non possano essere rappresentate *come corpi morali* dai loro amministratori in giudizio; ma fu nel medesimo tempo ammesso, che le persone, le quali a norma dello statuto dell'associazione, o per speciale deliberazione dell'assemblea degli associati, siano deputate a rappresentarli per gl' interessi comuni, possano stare in giudizio, nelle vertenze riguardanti tali interessi, non solo in nome proprio, ma eziandio colla qualità di mandatari degli associati individualmente considerati (1). Colla penultima delle citate decisioni, che già altra volta avemmo a ricordare (2), fu annullata la sentenza denunziata, con tutto il procedimento che l'aveva preceduta, in un giudizio istituito dal *Gran Maestro* della Fratellanza artigiana d'Italia contro il Collegio della succursale di Roma; pel motivo, che fossero stati violati i principii fondamentali del nostro diritto pubblico interno, e l'art. 2 del codice civile, coll'ammettere come legittime contendenti la Fratellanza artigiana e la succursale predette, non aventi il carattere di persone giuridiche; e fu soggiunta la seguente considerazione: " che il capitale " raccolto dalle offerte dei soci di un'associazione, che ha " il lodevole scopo del mutuo soccorso, dovendo essere " amministrato da una o più persone indicate nello sta- " tuto, *si possono le azioni giudiziarie proporre nel proprio*

---

(1) V. Sentenze, Trib. civ. Torino, 22 febbraio 1868 (*Giurispr.* Torino, V, 232); Corte d'appello Roma, 25 giugno 1872 (*Giurispr. Italiana*, XXV, II, 498); Corte d'appello Firenze, 20 giugno 1874 (*Ann. di Giur.*, 1874, II, 333); Cassaz. Torino, 3 settembre 1874 (*Giur. Ital.*, XXVI, I, 697); Corte d'appello Milano, 15 marzo 1875 (*Ann. di Giur.*, 1875, II, 136); Cassazione Torino, 7 marzo 1877 (*Foro Ital.*, 1877, I, 986); Cassaz. Roma, 19 febbraio 1879 (*Giur. Ital.*, XXXI, I, 679); Cassazione Roma, 9 novembre 1882 (*Legge*, XXIII, I, 149).

(2) V. sopra, n. 11, p. 42.

“ *ed individuale nome dall'amministratore, e nella qualità di*
“ *mandatario dei soci uti singuli;* e per la medesima ra-
“ gione *la dimanda del mandatario dev'essere proposta, non*
“ *già contro il Collegio di Roma, ma contro la persona che ha*
“ *la qualità di rappresentare i dissidenti uti singuli.* Sarà
“ allora il giudizio nella forma e nella sostanza regolar-
“ mente contestato, ed il magistrato provvederà *ut de*
“ *iure* „.

Mentre dunque si annullava la sentenza e tutto il procedimento, perchè il giudizio si reputava illegittimamente istituito fra due corpi morali, che non essendo legalmente riconosciuti, non avevano personalità giuridica, si ammetteva però che gli amministratori di quelle associazioni potessero stare in giudizio, come attori e come convenuti rispettivamente, non solo in nome proprio, ma altresì come mandatari dei loro consoci considerati individualmente, ed anzi riservavansi espressamente le ragioni proponibili legittimamente tra quelle associazioni nel diverso modo indicato.

Nell'ultima poi delle surriferite decisioni si andò più oltre, ritenendo sufficiente che nel costituirsi un'associazione di mutuo soccorso, e nello stabilirne le regole di amministrazione, gli associati *abbiano inteso di dare mandato al Presidente ed al Consiglio direttivo di fare tutto ciò che conduca al bene della società ed alla regolarità dell'amministrazione,* perchè “ debba conseguirne necessariamente
“ la facoltà di stare in giudizio in rappresentanza della
“ società, per farne valere i diritti, e rispondere alle altrui
“ azioni „, e che indipendentemente dalla personalità giuridica “ basti il detto mandato perchè la società di mutuo
“ soccorso . . . sia legittimamente rappresentata in giu-
“ dizio dal suo Presidente e Consiglio direttivo, e perchè
“ i giudicati abbiano i loro giuridici effetti tra le parti
“ contendenti; senza pericolo che la società possa scon-
“ fessare i suoi legittimi rappresentanti, e che le altre
“ parti contendenti corrano rischio di vedere i giudicati

" inefficaci per non essere stati pronunziati al paragone " di legittimi contradditori „.

Un illustre autore ha combattuta quella ch'egli chiama, in questa materia, *la teoria del mandato*. Egli opina che l'associazione, come tale, non potendo agire, poichè non esiste agli occhi della legge, ed i soli associati individualmente potendo contrattare, e le loro convenzioni dovendo essere regolate dal diritto comune, ne segua che *i soli associati, i quali figurino personalmente nel contratto, divengano proprietari, creditori o debitori;* ad essi esclusivamente incombano le obbligazioni assunte colle convenzioni; essi soli possano agire od esser citati in giudizio per l'adempimento delle convenzioni medesime (1). Ammettasi pure, che qualora fosse veramente da respingersi nella soggetta materia il concetto del mandato, le massime insegnate dal lodato autore fossero da accettarsi come conformi ai principii del diritto comune — quantunque fosse lecito dubitarne, perchè nelle contrattazioni conchiuse dagli amministratori di un'associazione nell'interesse di questa, le stipulazioni non sono da essi fatte *in proprio nome soltanto* (art. 1128 Cod. civ.), ma *in nome anche dei consociati*, e questi perciò potendone approfittare, non parrebbe giusto il ritenere che i soli soci, i quali avessero figurato personalmente nel contratto, fossero divenuti in virtù di esso proprietari o creditori; e le promesse, poi, quantunque fossero da presumersi fatte coll'intenzione di obbligarsi a riportare la ratifica dei consociati, non darebbero agli stipulanti altro diritto, che quello d'essere indennizzati dai soci contraenti, della mancata ratifica, o dell'inadempimento dell'obbligazione da parte degli altri (art. 1129 Cod. civ.) — ma ciò non porterebbe, in ogni modo, alla conseguenza che tutta l'obbligazione rimanesse a carico dei soli soci, che avessero sottoscritto il contratto, eccettochè si trattasse d'obbligazione indivisibile (art. 1206 Cod. civ.).

---

(1) V. Laurent, t. XXVI, n. 188-189.

Per altro, comunque sia di ciò, esaminiamo gli argomenti coi quali si vorrebbe escludere che gli amministratori d'un'associazione, contrattando nell'interesse di essa, agiscano a titolo di mandato.

“ La teorica del mandato — dice il Laurent — è una
“ finzione; nè potrebbe divenire una realtà, se non quando
“ tutti i consociati avessero dato ad una commissione la
“ facoltà di contrattare in loro nome, o quando per cia-
“ scun contratto, che occorresse all'associazione di stipu-
“ lare, gli associati avessero rilasciata una procura per
“ agire in loro nome.

“ Senza procura non possono esservi nè mandanti, nè
“ mandatari; resta solo una convenzione sottoscritta in
“ proprio nome da uno o più partecipanti dell'associa-
“ zione; essi soli parlano nel contratto; essi soli pertanto
“ rimangono obbligati „.

In queste affermazioni però ci sembra di trovare più d'una inesattezza. Il parlare d'una *convenzione sottoscritta da alcuni membri dell'associazione in proprio nome*, è contrario all'ipotesi in cui versiamo, e che suppone contratti fatti dagli amministratori nell'interesse dell'associazione, e quindi non in nome proprio soltanto, ma in quello altresì di tutti i consociati. Il dire poi che il mandato è una finzione — la quale è inammissibile senza una legge da cui sia stabilita — e che per potervi essere mandato sarebbe necessario che *tutti gli associati avessero consentito* ad attribuire agli amministratori la facoltà generica di contrattare in loro nome, od a conferire agli amministratori medesimi una procura speciale per ogni singolo contratto, ci sembra in opposizione colla realtà delle cose e coi principii. Ciò che dice l'illustre autore sarebbe vero qualora alcuni dei coassociati avessero contrattato in nome anche di tutti gli altri, senz'avere ricevuto da essi alcun incarico di rappresentarli e di amministrare anche nell'interesse loro. Ma l'ipotesi intorno alla quale si discute è ben diversa. Si suppone che il contratto sia stato fatto

dagli amministratori costituiti a norma dei patti fondamentali dell'associazione, e in virtù delle facoltà ad essi spettanti per le disposizioni del relativo statuto, o conferite per speciale deliberazione dell'assemblea dei coassociati. Non si tratta dunque di un mandato fittizio, ma fondato sulla volontà dei coassociati manifestata nell'uno o nell'altro dei predetti modi. Si oppone essere necessario che tutti i membri dell'associazione abbiano dato ad una commissione il potere generale di contrattare in loro nome, od una procura speciale per ciascun contratto; in altri termini si vorrebbe un mandato conferito espressamente da tutti i soci e da ciascuno di essi individualmente. Ma il mandato può essere anche *tacito;* ciò era controverso in diritto francese, e tuttavia era ritenuto da molti, tra i quali lo stesso signor Laurent, che ne fece un'ampia dimostrazione (1); e il nostro Codice ha espressamente adottata questa massima (art. 1738 Cod. civ.).

Ora, coloro che acconsentono a far parte d'un'associazione, accettano implicitamente ma necessariamente i patti fondamentali con cui essa si regge, e che sono determinati nel relativo statuto, ancorchè non abbiano concorso personalmente a deliberarlo. Generalmente in questi statuti si attribuisce ad un Presidente o ad un Consiglio direttivo la rappresentanza degli associati e l'amministrazione del fondo comune. Nei limiti della semplice amministrazione questi amministratori sono dunque rappresentanti legittimi dei singoli associati in forza d'un loro mandato, se non espresso, almeno tacito. Quando poi si tratti di atti eccedenti l'amministrazione ordinaria, vengono deliberati in assemblea generale dagli associati, e gli amministratori, loro rappresentanti, hanno l'incarico di eseguire la deliberazione. Anche in ciò pertanto essi agiscono colla qualità di mandatari di tutti e singoli gli associati. Accade veramente non di rado che una parte di questi non siano

(1) V. Laurent, t. XXVII, n. 378-384.

intervenuti od abbiano dissentito dalla deliberazione. Tuttavia, se essi continuano ciò non ostante a far parte dell'associazione, vengono implicitamente ad accettare ciò che la maggioranza ha stabilito, e gli amministratori nell'eseguire la deliberazione rappresentano quindi legittimamente come mandatari anche coloro, che all'atto in cui essa fu presa non furono presenti o ne dissentirono. Il concetto del mandato non è pertanto qui una finzione, ma corrisponde alla realtà delle cose.

Un'altra obbiezione si è fatta. " Se i membri del circolo sono mandanti — dice il Laurent — essi saranno " obbligati personalmente, e tenuti a pagare del proprio " qualora la società si sciolga lasciando dei debiti. Ma " quali sono questi mandanti? Quelli, senza dubbio, che " erano membri del circolo allorchè il mandato fu consentito. Non ostante la loro dimissione, essi rimarrebbero obbligati; mentre i nuovi entrati, che non figuravano nel contratto come mandanti, non ne sarebbero " tenuti. È ciò conforme all'intenzione di coloro che vengono a far parte d'un circolo? No certamente; essi non " si credono obbligati fuorchè al pagamento della loro " quota di contributo; non pensano nemmeno a poter " essere obbligati pei contratti in cui figurino il presidente ed il segretario. Possono essere mandanti senza " aver avuto intenzione di dare una procura? „.

Non vi essendo un corpo morale avente una personalità giuridica sua propria, distinta dalle persone fisiche degli associati, avente un patrimonio parimente distinto, col quale esclusivamente debba esso rispondere dell'adempimento delle proprie obbligazioni, è indubitabile che qualora queste non siano soddisfatte da chi rappresenta l'associazione, coi mezzi tolti dal fondo comune, i singoli associati potranno essere costretti dai creditori a pagare del proprio in proporzione delle rispettive quote. Si oppone che ciò non è conforme alla intenzione di coloro che sono entrati a far parte dell'associazione. Ed è vero

ch'essi avran potuto credere di non venir mai obbligati a pagare altro che le loro quote di contributo, supponendo che l'amministrazione procedesse regolarmente. Per altro, acconsentendo ad entrare in un'associazione, che sapevano avere un'esistenza di mero fatto, non una personalità giuridica distinta, hanno dovuto anche sapere che le obbligazioni assunte in nome dell'associazione non potevano che cadere a carico degli associati considerati individualmente, in ragione delle quote per le quali rispettivamente partecipano all'associazione stessa; hanno dovuto prevedere quindi la possibilità d'esser costretti a rispondere del proprio anche oltre le stabilite quote di contributo; e devono infine imputare a se stessi se non hanno abbastanza vegliato al buon andamento dell'amministrazione, od hanno continuato a far parte d'un'associazione che sapessero esser male governata.

Solamente non crediamo completamente esatto il dire che gli associati, obbligati personalmente pei debiti contratti in nome dell'associazione, saranno sempre quelli soli *che facevano parte del circolo al momento in cui il mandato fu consentito*. Se si tratti di obbligazioni assunte dagli amministratori in virtù del mandato risultante dallo statuto dell'associazione, gli obbligati saranno i soci esistenti *al tempo in cui l'obbligazione fu contratta*, non quelli che facessero parte dell'associazione allorchè lo statuto fu deliberato, ma che nel frattempo avessero cessato di appartenerle.

Uno dei più eminenti giureconsulti nostri, annotando la sentenza, che già più volte ricordammo, proferita dalla Corte di cassazione di Roma nel 19 febbraio 1879, l'ha confutata; sotto un aspetto però molto diverso, o piuttosto contrario a quello in cui il Laurent prese a combattere l'idea del mandato negli atti compiuti dagli amministratori d'una libera associazione nell'interesse di questa. — Il chiarissimo professor C. F. Gabba si è impensierito della condizione che per la massima adottata con quella sen-

tenza sarebbe fatta alle *associazioni di mutuo soccorso* — chè tale era appunto la ricorrente *Fratellanza artigiana d'Italia* — parendogli che il negare a tali associazioni di poter comparire in giudizio *come società civili, in persona dei loro rappresentanti*, equivalga a privarle assolutamente della facoltà di adire i tribunali; perchè, ad avviso di lui " il suggerimento dato alle associazioni predette di " farsi rappresentare in giudizio dai loro amministratori, " quali mandatari dei soci *uti singuli*, è impraticabile " affatto per associazioni i cui membri cambiano conti- " nuamente „.

Egli pensa poi che le associazioni di mutuo soccorso possano essere considerate come *società civili*, intendendo in senso molto lato il *fine di guadagno*, di cui parla l'articolo 1697 del Codice civile nel definire queste società; perchè le associazioni di mutuo soccorso " mirano pure " a migliorare sotto molti rispetti la condizione degli operai " che ne fanno parte „.

Conchiude quindi che " le associazioni di mutuo soc- " corso . . . . . quantunque non aventi natura di corpi " morali, pur nondimeno abbiano natura di *società civili*, " *sui generis* bensì, ma non più difficili ad ammettersi " in teoria di quello che difficili a sorgere e a sostenersi " nella pratica, e come tali società, possano venire rap- " presentate davanti ai tribunali dai capi a tal uopo de- " signati dai loro statuti „ (1).

Come si scorge facilmente, questa conclusione finale non discorda guari — salvochè nella qualificazione data a queste associazioni di *società civili sui generis* — dalla massima che a noi è sembrata preferibile, e che fu adottata dalla giurisprudenza italiana, non esclusa — a nostro modo d'intenderla — la decisione stessa della suprema corte di Roma combattuta dal Gabba. Invero in quella

(1) V. nota (1-4) apposta alla decisione 19 febbraio 1879 della Cassaz. di Roma (*Giur. Ital.*, vol. XXXI, p. 679, 680).

decisione non è detto — come l'esimio annotatore suppone — che gli amministratori di libere associazioni, per poter rappresentare legittimamente in giudizio tutti gli associati, abbisognino d'una procura rilasciata da ciascuno di essi, come richiederebbesi secondo il sistema propugnato dal signor Laurent. Vi è detto anzi che " il capitale del-" l'associazione *dovendo essere amministrato da una o più* " *persone indicate nello statuto*, si possono le azioni giudi-" ziarie proporre nel proprio individual nome dall'ammi-" nistratore *e nella qualità di mandatario dei soci uti sin-" guli* ". Il che dunque dimostra come nelle disposizioni statutali, in virtù di cui sia conferito ad alcuni degli associati l'ufficio di amministrare il fondo comune, e rappresentare all'occorrenza i coassociati, non già in un'apposita procura da rilasciarsi da ciascuno dei soci, abbia la corte suprema fatto consistere il fondamento del potere, che può spettare agli amministratori, di proporre azioni giudiziarie in qualità di mandatari dei soci individualmente considerati; e solo si è reputato di dover annullare nella specie del caso la sentenza denunziata, e tutto il procedimento che l'avea preceduta, perchè il giudizio era stato iniziato *a nome d'un ente collettivo inesistente*. Così il pericolo che siano lasciate senza tutela giuridica, e private d'ogni mezzo per aver giustizia dai tribunali, le associazioni di questa specie, non è certamente creato dalla decisione della corte suprema; poichè, a tenore di essa, basta che gli amministratori dell'associazione, nel promuoverne le azioni in giudizio, scelgano la via di agire tanto in nome proprio, che in qualità di mandatari dei singoli associati, anzichè intentare la lite al nome di una persona giuridica, di un ente collettivo inesistente. Il professor Gabba pensa che per tale motivo non sarebbesi dovuto annullare la sentenza denunziata; bastando rettificare la designazione della qualità in virtù di cui il *Gran Maestro della Fratellanza artigiana d'Italia* poteva veramente agire, senz'annullare tutto il procedimento e la sentenza

che n'era seguita, e ch'era stata denunziata. Ma di questa critica non dobbiamo occuparci, perchè non riguarda il punto di questione che forma oggetto del nostro studio attuale. Non possiamo omettere però di osservare come non sembri fondata l'altra censura fatta alla sentenza della corte suprema, laddove essa ritenne non potersi le associazioni di mutuo soccorso considerare come *società civili*, perchè manca in quelle il carattere, che è essenziale in queste, di avere *per fine la divisione del guadagno tra le persone che convengono di mettere qualche cosa in comune*. Osserva l'egregio annotatore che società debbano potersi dire anche le associazioni di mutuo soccorso; e non conoscendosi in diritto altre specie di società che le commerciali e le civili, e le associazioni di mutuo soccorso non appartenendo alle prime, debbano dunque annoverarsi tra le seconde. Ed è vero, che nel senso più generico della parola, *società*, possono comprendersi anche le associazioni di cui discorriamo; non però nel senso specifico definito dall'art. 1697 del Cod. civ., poichè il carattere principale e distintivo delle società civili, ivi indicato, non si verifica affatto nelle *associazioni di mutuo soccorso*, nelle quali non vi è speranza, nè possibilità di *benefizi da dividersi fra tutti gli associati*, mentre tutti i mezzi di cui l'associazione può disporre sono destinati esclusivamente a soccorrere quelli soli tra gli associati, rispetto ai quali si verifichino i casi di bisogno contemplati nei patti sociali. Non possono dunque applicarsi alle associazioni di mutuo soccorso le regole particolari, che la legge ha stabilite per le società civili vere e proprie, come rettamente ritenne la cassazione di Roma.

17. In questo grave argomento, delle associazioni che non sono corpi morali legalmente riconosciuti, nè società commerciali, nè società civili vere e proprie, resta ancora un punto importante da stabilirsi. Le controversie, che insorgano relativamente a tali associazioni, cadono nella competenza dell'autorità giudiziaria?

Proposto così il quesito, e supponendo che si tratti di controversie aventi un oggetto giuridico, di diritti od obbligazioni civili suscettibili per loro natura di dar luogo ad azioni giuridiziarie, la risposta affermativa non potrebbe essere dubbia. Però la stessa supposizione, che abbiamo fatta, avverte già come non possa dirsi altrettanto qualora la controversia non abbia un oggetto giuridico, di diritti ed obbligazioni civili, d'interesse pecuniario, ma un oggetto di ordine amministrativo, di regime interno, o d'ordine politico. Sorgono, per esempio, contestazioni fra gli associati intorno a chi debba avere la custodia di certi oggetti appartenenti all'associazione, o intorno all'uso che si possa farne, o intorno ai modi da seguirsi nell'amministrazione. Tutto ciò è estraneo alla competenza dell'autorità giudiziaria civile, perchè riguarda il solo regime interno dell'associazione; le questioni insorte debbono essere risolte dall'assemblea degli associati con deliberazioni prese secondo le norme del relativo statuto. Se poi nelle contestazioni sollevate fosse impegnato l'ordine pubblico, spetterebbe alla autorità politica il tutelarlo, quando ve ne fosse il bisogno; e sarebbero deferiti alla giustizia punitiva i fatti che cadessero sotto le sanzioni penali. In tutto ciò la giustizia dei tribunali civili non avrebbe materia su cui spiegare la sua azione. Così fu deciso anche da una delle nostre corti (1).

Abbiamo detto che l'autorità giudiziaria sarebbe anche incompetente a pronunciare sovra questioni relative all'amministrazione di queste associazioni. Nè ci sembrerebbe potersi argomentare in contrario dalla competenza, che spetterebbe ai tribunali in simile materia relativamente alle società civili vere e proprie, trattandosi allora di applicare le disposizioni dell'art. 1723 Cod. civ. Non reputeremmo efficace questo argomento, perchè le associazioni di cui parliamo non essendo vere società civili, le regole particolari

---

(1) V. Sentenza della Corte d'appello di Roma, 25 giugno 1872 (*Giuris. It.*, vol. XXV, parte II, p. 498 ss.).

di queste non hanno, come già osservammo, alcuna applicabilità; e nel regime interno di queste associazioni, non riconosciute in verun modo dalla legge, dipendenti unicamente dalla volontà degli associati, i quali nel costituirle e regolarle esercitano una libera facoltà ad essi guarentita dallo statuto, i tribunali non possono avere ingerenza.

Ma da queste medesime associazioni possono sorgere tra gli associati dei veri rapporti contrattuali, produttivi di diritti ed obbligazioni civili, suscettibili perciò di formare oggetto d'azioni giudiziarie; qualora, ciò s'intende, gli associati abbiano avuto seriamente la intenzione di contrarre fra loro un vincolo giuridico, di stipulare e di obbligarsi, e concorrano i requisiti essenziali per la efficacia dei contratti. Così gli associati contraggono, ciascuno verso gli altri tutti, l'obbligazione di pagare la quota di contributo stabilita; gli amministratori assumono necessariamente, ancorchè non sia espresso, l'obbligo di rendere conto della propria gestione ai coassociati. Or se nascano questioni intorno a tali oggetti, perchè qualche socio neghi il pagamento del contributo ch'egli debba, perchè gli amministratori si rifiutino a render conto, queste controversie, aventi oggetto veramente giuridico, concernenti diritti ed obbligazioni civili, saranno di competenza dell'autorità giudiziaria (1). Nè varrebbe in contrario che si fosse escluso con un patto dello statuto di poter adire i tribunali per codeste controversie; perchè non è lecito in materia giurisdizionale derogare alle leggi, che sono essenzialmente d'ordine pubblico.

Gli associati possono poi, non come corpo morale avente personalità giuridica, ma come individui aggregati di fatto per un determinato scopo, stipulare con terze persone contratti, o personalmente, o col mezzo dei loro mandatari. E non vi è dubbio, che sulle controversie intorno ai diritti ed alle obbligazioni derivanti da tali contratti, sarebbe competente a pronunciare l'autorità giudiziaria.

---

(1) V. Laurent, t. XXVI, n. 191, 192.

18. Sebbene queste creazioni della legge, che sono le persone giuridiche, ci appariscano a lato degli individui, come soggetti ugualmente capaci di diritti e di obbligazioni d'ordine privato, non è da pensare però che da identiche norme siano regolate quelle come questi. All'opposto, l'essere stabilita dalla natura la individualità delle persone naturali, mentre quella delle persone giuridiche non riposa che sopra una finzione di diritto, rende inevitabile il riconoscerle sottoposte a regole profondamente diverse, delle quali si darà ora qualche breve cenno.

19. La capacità giuridica delle persone naturali, ossia l'esser esse soggetti capaci di diritti e di obbligazioni civili, è subordinata per natura sua ad un fatto complesso; poichè tale capacità suppone un individuo che sia nato *vivo e vitale*, e cessa al momento della morte di lui. Da ciò il principio che niuno possa mai reclamare alcun diritto in nome d'altra persona, senza provare, in caso di contestazione, che quella persona viveva al tempo in cui si è aperto in suo favore quel determinato diritto. Il qual principio, espressamente proclamato nel nostro codice pel caso di *assenza* art. 42 cod. civ., non è perciò meno generale.

20. Che alla capacità *giuridica* d'un individuo sia necessario ch' egli sia nato vivo, e lo sia ancora al tempo nel quale si apra il diritto a cui quella capacità abbia ad essere applicata, è cosa tanto evidente da non lasciare la possibilità di alcuna contestazione. Ma una difficoltà ben grave presenta in teoria la massima che l'individuo debba esser nato *vitale*, cioè coll'attitudine a prolungare la esistenza.

Gli argomenti, che si adducono per combattere questa teoria, sono principalmente i seguenti:

1° La capacità di diritto si associa al fatto dell'esistenza d'un individuo, senza riguardo alla durata più o meno lunga che tale esistenza possa avere. Se taluno è nato vivo, quando anche immediatamente dopo la nascita egli muoia, ciò non

impedisce che avendo avuto esistenza, per quanto breve, abbia avuto insieme la capacità di diritto.

2° La legge stabilisce bensì la presunzione, che chi nasce coll'attitudine a prolungare la vita non possa essere stato nel seno della madre meno di un certo tempo, che, secondo le leggi fisiologiche e i dati della esperienza, si presume il minimo possibile della gestazione. Ma ciò è al solo scopo di determinare presuntivamente il tempo in cui debbasi ritenere avvenuto il concepimento, al fine di applicare rettamente il principio — *pater est quem nuptiae demonstrant* —. Trasferire questa presunzione nel campo della capacità generale di diritto, dire che chi nasce prima che sia spirato il tempo ritenuto dalla legge come il minimo possibile della gestazione non possa avere attitudine a prolungare la vita, e manchi perciò della capacità di diritto, è quanto snaturare la presunzione della legge, rivolgendola ad escludere da ogni capacità giuridica un grande numero d'individui, mentre è diretta unicamente a rassicurare l'interesse, la tranquillità e l'onore delle famiglie, collo stabilire regole certe, e indipendenti da qualunque arbitrario apprezzamento, per determinare la legittimità della figliazione.

3° Inoltre, la presunzione della paternità legittima parte da un dato certo, cioè dal momento in cui la nascita avviene; e risalendo dal giorno di questo avvenimento a tutto il tempo pel quale si ritiene aver potuto durare la gestazione, stabilisce che qualora nel tempo in cui può essere avvenuto il concepimento la madre fosse legata in matrimonio, il figlio abbia per padre presuntivo il marito. Ma la presunzione, che si vorrebbe porre relativamente alla non-vitalità di un individuo nato vivo, dovrebbe partire da un dato necessariamente incerto, cioè dal momento in cui sarebbe avvenuto il concepimento, per dedurne che quando tra questo istante e quello della nascita non sia trascorso il tempo necessario ad una gestazione perfetta, l'individuo, quantunque nato vivo, debbasi ritenere non-vitale.

4° L'impossibilità di precisare con sicurezza il momento del concepimento renderebbe perciò affatto inutile il parlare di una presunzione stabilita sulla durata della gestazione. Tutto si ridurrebbe in sostanza a riportarsi all'avviso delle persone dell'arte, quanto a determinare se l'individuo di cui si tratti sia nato vitale o no, poichè il giudizio dei periti sarebbe pure l'unico mezzo per stabilire in qual tempo si dovesse ritenere avvenuto il concepimento; e così la pretesa presunzione legale non servirebbe che a mascherare l'arbitrario del sistema. Ma allora si cadrebbe in tutti i pericoli, in tutte le incertezze, in tutto l'arbitrio di un giudizio di periti; ciò che precisamente si è voluto evitare quanto alla legittimità della figliazione, e vi si è riuscito con quella presunzione stessa che si vorrebbe qui illogicamente applicare.

Dal complesso di queste argomentazioni si dedurrebbe il principio, che qualunque individuo nato vivo abbia la capacità di diritto, indipendentemente dalla sua vitalità (1).

La nostra legislazione però, ad imitazione della francese, ha adottato manifestamente una massima contraria a questa: ha ritenuto cioè la vitalità come condizione della capacità di diritto. Vi sono infatti disposizioni testuali del nostro codice, le quali non possono considerarsi altrimenti che quali applicazioni di tale principio. Così vediamo dichiarato nell'art. 724, n. 2° essere incapaci di succedere per legge *coloro che non sono nati vitali*, e la stessa regola troviamo poi estesa alle successioni testamentarie (art. 764, § 1°, Cod. civ.) ed alle donazioni (art. 1053, Cod. civ.); vediamo negata l'azione in disconoscimento di paternità, sebbene si tratti d'un figlio nato prima che siano trascorsi cent'ottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio, *quando il parto sia dichiarato non vitale* (art. 161, n. 3°, Cod. civ.); vediamo ammessa la rivocazione della donazione per la sopravvenienza di un figlio legittimo del donante,

---

(1) V. Savigny, t. II, § LXI, n. 1; Appendice III.

benchè postumo, purchè però *sia nato vivo e vitale* (articolo 1083, § 1°, Cod. civ.).

La dottrina accolta dalla nostra legislazione non consiste per altro nello stabilire che l'individuo nato prima che sia trascorso il tempo minimo della gestazione si reputi non vitale, e da ciò derivi la conseguenza legale che egli non abbia avuto alcuna capacità di diritto; ma determina in genere che la non-vitalità impedisce la capacità, lasciando poi ai giudici nei casi particolari, secondo le specialità diverse delle circostanze, di determinare se vi sia stata o non la vitalità. Cosicchè potrà avvenire che chi sia da ritenersi nato anche prima del tempo presunto minimo per la durata della gestazione, sia tuttavia considerato come nato vitale; come all'opposto potrà accadere che chi sia nato dopo compiuto il tempo ordinario della gestazione sia dichiarato però non vitale, perchè, per esempio, si trovasse affetto da un vizio organico, che avesse reso impossibile il prolungarsi della sua esistenza; quantunque il caso più ordinario sia che la non-vitalità dipenda dal non essersi completata la gestazione (1).

Ciò stesso vale a dimostrare come non possano farsi al principio adottato dal nostro codice alcune delle obbiezioni riferite superiormente, cioè quelle enunciate sotto i numeri 2° e 3°, le quali suppongono che si voglia applicare alla vitalità, per determinare se siavi stata capacità giuridica della persona, la presunzione legale relativa alla durata minima della gestazione.

Alle altre obbiezioni poi non mancano risposte abbastanza soddisfacenti. La capacità giuridica si associa certamente all'esistenza dell'individuo indipendentemente dalla durata, anche brevissima, che quell'esistenza abbia avuto. Ma allora si suppone che una esistenza divenuta perfetta

---

(1) V. Demolombe, t. XIII, n. 180, ss.; Laurent, t. VIII, n. 545. — Secondo altri non potrebbesi mai reputare *non vitale* chi fosse nato vivo, qualora tra il concepimento e la nascita fossero trascorsi non meno di 180 giorni; V. Aubry e Rau, t. I, § 53, nª 4.

sia stata subito dopo troncata. È ben altrimenti quando ad un individuo nato vivo mancano assolutamente le condizioni necessarie per poter prolungare l'esistenza. Questa allora non può dirsi perfetta; non vi è quindi veramente una persona che possa, sia pure per brevissimo tempo, essere capace di diritti.

Vero è poi che il giudizio sulla vitalità incontra tutti i pericoli, le incertezze, l'arbitrario che può esservi in argomenti, come questo, in cui nè la scienza nè la pratica possono offrire lumi sufficienti a discernere con tutta la sicurezza il vero; ma, oltrechè questo inconveniente è comune a molti altri casi, nei quali pure non si può procedere che per via di presunzioni di fatto, ne sono poi temperate efficacemente le temibili conseguenze dalla massima, che vediamo accolta con disposizione espressa anche dal nostro codice, che quando consti taluno esser nato vivo, si ritiene eziandio vitale, finchè non sia provato pienamente il contrario (art. 724, § ult. Cod. civ.).

21. Ritenuto il principio, che, affinchè ad un individuo possano essere attribuiti diritti, è necessario ch'egli sia nato vivo e vitale, e sia tuttora vivente al tempo dell'aprimento di quei diritti, resta a farsi una indagine importante relativamente ai casi ed alle persone da cui debbasi fornire la prova della vita, della vitalità o della morte.

In questa ricerca è necessario premettere alcune massime fondamentali in materia di prove; delle quali massime ci limiteremo qui alla semplice enunciazione, rimettendone lo sviluppo a luogo più opportuno. Esse sono, del resto, così manifestamente fondate sui principii di ragione naturale, da non abbisognare di ampia dimostrazione.

La necessità della prova non può sorgere che dalla contestazione.

Quando contestazione vi sia, l'onere di provare i fatti giuridici formanti oggetto della controversia spetta a quella fra le parti contendenti, che, affermando l'esistenza di quei

fatti, ne fa la base delle sue domande giudiziali, colle quali tende a peggiorare la condizione di fatto o di diritto acquisita all'altra parte.

Chi afferma un fatto, la cui esistenza debba presumersi naturalmente o legalmente, non ha bisogno di fornirne prova ulteriore.

Conseguentemente quando dei fatti opposti, allegati dalle due parti contendenti, l'uno formi rispetto all'altro la regola, e questo la eccezione, è la eccezione che dev'essere provata contro la regola, non questa contro quella.

22. Ciò posto, se la controversia cada intorno alla vita d'una persona, in nome della quale si reclamino certi diritti, quando ciò che è contestato sia il fatto della nascita di quella persona, o la sua identità, spetterà a chi afferma la nascita o l'identità di quell'individuo il fornirne la prova coi mezzi ammessi all'uopo dalla legge. Quando non sia contestato, o sia provato il fatto della nascita e dell'identità, ma, trattandosi di un bambino morto nel parto, rimanga incerto se sia nato vivo, incomberà a chi afferma la vita il provarla. In questa sua affermazione, sulla quale fonda l'esistenza dei diritti che reclama, egli non ha in proprio favore alcuna presunzione, nè naturale, nè legale, che possa dispensarlo dall'onere della prova. La legge presume bensì — come ora diremo — *la vitalità*, ma a condizione che si tratti di chi *consti che sia nato vivo* (articolo 724, paragrafo ultimo Cod. civ.); il qual fatto ha dunque bisogno d'essere provato da chi lo afferma, se dalla parte avversa sia contraddetto (1). Nè l'essersi questa offerta, *in modo sussidiario*, a provare che il bambino sia nato morto, e il non essere riuscita in questa prova, varrebbe in favore dell'attore a fare ritenere come accertato il fatto,

(1) V. Decisione della Corte d'appello di Casale, 9 marzo 1868 (*Giur.* di Torino, V, 281).

da lui non provato pienamente, che il bambino fosse nato vivo (1).

Se poi la controversia si aggiri intorno all'essere o no stato ancora vivente un determinato individuo al tempo dell'aprimento di diritti che si reclamino in nome suo, spetterà a chi afferma che a quel tempo quella tale persona era ancora viva, il farne la prova. Infatti ognuno ha il carico di provare concludentemente l'esistenza di tutti quei fatti, che formano la base giuridica della sua domanda. Di questa natura appunto è il fatto, che la persona, in nome di cui s'invochino determinati diritti, sia stata vivente al tempo, nel quale essendosi questi aperti in suo favore, essa doveva acquistarli. Ogni volta adunque che questo fatto sia incerto, dev'essere provato da chi lo allega; nè potrebb'egli addurre in proprio favore una presunzione naturale, che lo dispensasse da prova ulteriore; perchè l'avere accertata la nascita d'una persona non basta a far presumere ch'essa abbia continuato a vivere sino ad un determinato momento. È in questo senso — dichiarato espressamente, come già fu notato sopra, dall'articolo 42 del codice civile — che deve intendersi l'assioma “ *Qui vixit tamen mortuus esse praesumitur* „. Il quale, quanto è vero spiegandolo con questa limitazione, altrettanto sarebbe falso se si volesse attribuirgli una applicazione generale; poichè indurrebbe a presumere generalmente che una persona fosse morta appena dopo la sua nascita, ogni volta che non fosse provato il contrario. Ma anzi, quando vi ha incertezza sulla esistenza d'una persona, non si presume nè la vita nè la morte di lei. Spetta a chi afferma ch'essa esisteva, o che morì in un determinato istante, in cui avrebbe acquistati, od avrebbe trasmessi a certe persone quei diritti che si invocano, il provare concludentemente il fatto allegato.

---

(1) V. decisione della Corte di cassazione di Torino, 24 agosto 1867 (*Giurisprud. Ital.*, vol. XIX, parte I, col. 590, 591).

Così fu deciso che un marito, il quale reclamava l'eredità della moglie morta sopra parto, dicendosi succeduto al bambino, la cui nascita era stata dichiarata dopo la morte, era tenuto a provare, non solo che il bambino fosse nato vivo, ma eziandio che avesse sopravvissuto alla madre (1).

Se la controversia riguardi alla vitalità d'un individuo, del quale sia provato, o non sia neppur contestato che nacque vivo, non è chi afferma la vitalità, che debba fornirne la prova: poichè è solo in casi di eccezione non frequenti che si verifica non avere attitudine a prolungare la propria esistenza chi nasce vivo, epperò spetta a chi afferma questo fatto eccezionale il provarlo, mentre chi afferma il contrario, avendo in proprio favore una presunzione naturale, fondata su ciò che generalmente avviene, non può essere tenuto a provare la regola contro l'eccezione. È perciò che nell'art. 724 § ultimo del Codice civile, fu espressamente dichiarato che " nel dubbio *si presumono vitali quelli di cui consta che sono nati vivi* ". La quale disposizione ebbe poi anche l'altro scopo di stabilire, che qualunque dubbiezza rimanga intorno all'essere o no nato vitale un individuo debba risolversi in favore della vitalità; col che si volle porre riparo agli inconvenienti, che potrebbero temersi, derivabili dai giudizi individuali sopra materia tanto delicata e grave (2).

Da ultimo, se ciò che è controverso sia la morte d'un individuo, o il tempo in cui essa sia avvenuta, apparterrà a chi affermi questo fatto, al quale sia subordinato il diritto di successione od altro ch'egli invochi, l'onere di fornirne la prova. Nè intorno a ciò occorre d'insistere più oltre, dopo quanto fu esposto superiormente, spiegando il senso del detto " *qui vixit tamen mortuus esse praesumitur* ". Noteremo soltanto, che nel caso di *assenza dichiarata* sono am-

---

(1) V. decisione della Corte d'appello di Parma, 11 novembre 1876 (*Rivista legale* Parmense, Modenese, I, 54).

(2) V. n. 20 in f.

messi coloro, che sui beni dell'assente abbiano diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui, all'esercizio temporaneo prima, e poscia anche definitivo, di tali loro diritti, senza bisogno di provare la morte dell'assente e il tempo in cui siasi verificata, e come se essa fosse avvenuta nel giorno a cui risale l'ultima notizia della esistenza di lui (art. 26, §§ 2 e 3, e 36 Cod. civ.). Ma questo non è che un provvedimento eccezionale, motivato da ciò, che l'assenza stessa, la quale ha appunto per carattere distintivo la incertezza completa sulla esistenza della persona, che ha cessato di comparire nel luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima residenza, senza che se ne abbiano notizie, rende impossibile il provarne tanto la vita quanto la morte; e bisognava pure provvedere frattanto, come la legge lo ha fatto, così all'interesse dell'assente medesimo, come a quello delle persone aventi diritti dipendenti dalla sua morte. — Che però non siasi abbandonato il principio fondamentale, che chi afferma la morte d'una persona, come avvenuta in un determinato tempo, nel quale avrebbe trasmessi a lui certi diritti, debba farne la prova, è dimostrato da altre disposizioni; dove si parla dei diritti, che sui beni dell'assente possono spettare a persone altre da quelle che ne abbiano ottenuta l'immissione in possesso temporaneo o definitivo; e si ammette l'esercizio di tali diritti, *purchè sia provato il tempo della morte dell'assente* (art. 34 e 41 del Cod. civ.).

23. Quantunque a rigor di principii debba dirsi, che non comincia l'esistenza e la capacità giuridica d'una persona naturale fuorchè dal momento in cui abbia avuto vita propria, perfettamente separata da quella della madre; pure non si può disconoscere che anche durante la gestazione il figlio ha già una esistenza, sebbene dipendente ancora da quella della madre, e ad essa intimamente legata. E questo principio di esistenza, questa preparazione ad una vita propria prossimamente futura, meritava pure la pro-

tezione della legge. La quale si è infatti manifestata, sia nell'ordine penale colle disposizioni che puniscono siccome crimine il procurato aborto, sia nell'ordine civile coi provvedimenti diretti ad impedire una soppressione o sostituzione di parto, e a tutelare in ogni modo opportuno gli interessi del nascituro. Fu perciò che, non potendo essere sottoposto a tutela un essere che non è ancora persona, si volle per altro che quando alla morte del marito la moglie si trovasse incinta, potesse essere nominato dal tribunale un *curatore al ventre* (art. 236 Cod. civ.).

Lo stesso ordine d'idee si segue eziandio in quanto riguarda la capacità giuridica. Nïuno potrebbe veramente, a rigore di principii, averne alcuna prima della propria nascita. È impossibile concepire che si abbiano allora diritti di proprietà, crediti o debiti. Ma, d'altra parte, è giusto e conveniente che la legge si occupi della capacità futura di questo individuo, il quale ha già un principio di esistenza, quantunque non ancora perfezionata, nè resa indipendente, e riservi a profitto del nascituro, e protegga opportunamente i diritti, che in forza di tale capacità egli possa acquistare. Su questa base è fondata la finzione di diritto, per la quale si considera come già nato chi sia solamente concepito; finzione che i giureconsulti sogliono esprimere col detto: *Nasciturus pro nato habetur quoties de ipsius commodis agitur* „ (L. 26 ff. *De statu hominum*).

La finzione però deve anche qui, come sempre, accomodarsi alla realtà delle cose, e secondarla, anzichè opporvisi. Si può fingere che una persona concepita soltanto, al tempo in cui si aprirono in suo favore determinati diritti, fosse sin d'allora già nata, quando nasca poi effettivamente viva e vitale. Con ciò non si fa altro che parificare ad una esistenza già perfetta quella che, se non era ancora tale al giorno in cui nacquero certi diritti, la divenne effettivamente dappoi. Ma sarebbe palesemente contrario alla realtà, epperò eccederebbe i limiti d'una finzione legale, il figurare che fosse stato persona chi non fosse giunto mai ad avere

una esistenza propria e indipendente, perchè non fosse nato vivo, o non vitale. — Perciò la teoria, che per l'acquisto dei diritti basti essere concepito al momento in cui essi si aprano, deve intendersi limitata in tal caso ad una capacità solamente ipotetica, e subordinata alla condizione della nascita in istato di vita e di vitalità (1).

Queste massime veggonsi manifestamente adottate dal nostro codice. Il quale dichiarando incapaci di succedere per legge o per testamento, e di ricevere per donazione, *coloro che non siano ancora concepiti*, viene a riconoscere che basta essere concepito al tempo dell'apertura della successione, per esserne capace; ma dichiarando poi incapaci *coloro che non sono nati vitali*, dimostra che il concepimento basta soltanto sotto la condizione che sia poi seguìto dalla nascita in istato di vita e di vitalità (art. 724, 764, § 1°, e 1053 Cod. civ.).

La finzione, che parifica il concepito al nato, essendo stabilita unicamente per uno scopo protezionale a favore del nascituro, non può quindi giovare che a lui solo; nè altri potrebbero approfittarne per reclamare diritti fondati sull'esistenza d'un individuo non ancora nato.

Avvi un caso, in cui la legge riconosce una capacità anche a chi, non solo non è ancor nato, ma neppur concepito; ed è quando in un testamento sia stata fatta disposizione a favore dei *figli immediati d'una determinata persona vivente* al tempo della morte del testatore; i quali possono ricevere per tale disposizione, quantunque non siano ancora concepiti nel dì dell'apertura della successione (articolo 764, § 2° Cod. civ.).

Questa eccezione, tutta di favore per le successioni testamentarie, è però dettata da uno spirito ben diverso da quello che informa la massima, per la quale si considera come già nato chi è solamente concepito. Non è qui veramente la capacità della persona, in favore di cui è fatta la

(1) V. Zachariæ, t. I, § 55, nª 1; Aubry e Rau, t. I, § 53, nª 1.

disposizione testamentaria, che si abbia in considerazione; non vi ha una finzione legale per cui la capacità acquistata più tardi da quella persona si retrotragga ad un tempo anteriore. È il testatore, che la legge ha in vista; è alla volontà di lui, a' suoi naturali affetti, ch'essa vuole lasciare libero un più largo campo. Perciò gli permette di fare una disposizione, la quale non potrà avere effetto immediato, la quale rimarrà sospesa dalla condizione che siano più tardi concepite e nascano le persone, ch'egli intende di beneficare. Il verificarsi di questa condizione renderà efficace la disposizione del testatore, senzachè perciò possa dirsi che le persone beneficate da lui abbiano avuto una capacità giuridica prima di avere nemmeno un principio di esistenza, prima ancora d'essere state concepite. Del resto è evidente, che se la capacità a ricevere della persona concepita rimane subordinata alla condizione che essa nasca poi viva e vitale, questa medesima condizione deve pur valere, per più forte motivo, quando si tratti di disposizioni a favore di persone non ancora concepite al tempo dell'aprimento della successione: per le quali infatti starebbe sempre la regola stabilita dall'art. 724 combinato col 764, § 1° del Codice civile, che cioè *sono incapaci di succedere coloro che non sono nati vitali.*

24. Come la capacità giuridica delle persone naturali comincia al momento della loro nascita, e finisce colla loro morte, così quella delle persone giuridiche comincia dall'istante in cui siano legalmente costituite, e finisce quando siano legalmente disciolte. Questa massima però abbisogna di qualche più ampia dichiarazione.

Già abbiamo osservato come, per disposizione espressa dell'art. 2 del nostro codice, i corpi morali non possano assumere vita giuridica e personificazione civile, se non quando, sotto le condizioni e nei modi prescritti dalla legge, siano stati regolarmente riconosciuti dall'autorità

pubblica competente; e ne dimostrammo i motivi (1). E poichè non è concepibile capacità giuridica senza una persona a cui si applichi; è dunque certissimo che i corpi morali, per la cui esistenza giuridica è indispensabile, a termini del citato articolo 2, il legale riconoscimento, non possono divenire capaci di diritti e di obbligazioni civili prima del giorno in cui tale riconoscimento sia legittimamente emanato. Nè a questa massima potrebbe farsi alcuna eccezione, nemmeno per quelle fondazioni, delle quali apparisse evidentissima e incontestabile la pubblica utilità. Si è preteso il contrario da alcuni moderni interpreti del diritto romano; ma oltrecchè la loro opinione fu con autorità grandissima confutata (2), è certo che, quand'anche essa fosse sostenibile secondo il diritto romano, non potrebb'essere accolta nel diritto nostro, a fronte dell'espressa disposizione dell'articolo 2 del Codice civile, nè razionalmente sarebbe giustificata. Sia quanta si voglia l'evidenza dell'utilità pubblica, derivabile dall'attuarsi una determinata fondazione; il riconoscere se quella evidente utilità veramente sussista non può spettare che all'autorità suprema dello stato, se pure non si voglia abbandonare all'arbitrio ciò che importa grandemente all'interesse sociale, lasciare alla volontà privata il potere di dar luogo ad una finzione giuridica, far dipendere da giudizi individuali la creazione di enti, la cui esistenza potrebbe talvolta minacciare allo stato gravi pericoli, sia nei rapporti politici, sia nei rapporti sociali ed economici.

Come i corpi morali non possono esistere quali persone giuridiche, se non quando siano riconosciuti ed autorizzati, a tenore delle leggi, dal potere competente dello stato, così a far cessare la loro vita giuridica è necessario un atto del potere medesimo; il quale può ordinarlo per le corporazioni, indipendentemente dalla volontà degli individui che le com-

---

(1) V. sopra, n. 2, pag. 4.
(2) V. Savigny, *Tr. de dr. rom.*, t. II, § LXXXIX, p. 275-278.

pongono, quando esse mettano in pericolo la sicurezza e gli interessi pubblici dello stato; può ordinarlo per le fondazioni, ancorchè non siano divenute dannose, quando il loro fine sia venuto a mancare, o più non si accordi colla civilizzazione progredita, e colle condizioni attuali del paese. Per gli istituti pubblici propriamente detti, che sono creazione diretta ed esclusiva dello stato, esso vi esercita poteri più ampi; e può abolire quegli istituti, anche solo perchè lo scopo di utilità generale, a cui erano destinati, possa meglio conseguirsi con altri mezzi.

La sola volontà degl'individui componenti una corporazione, o rappresentanti una fondazione, non potrebbe bastare da sè sola a disciogliere tali corpi morali, la cui esistenza è affatto distinta e indipendente da quelle individualità.

La morte anche di tutti i componenti una corporazione, non la farebbe considerare come disciolta; per lo stesso riflesso, che l'esistenza della corporazione come persona giuridica non è da confondersi cogl'individui che ne fanno parte, nè considerati singolarmente, nè collettivamente.

Come il riconoscimento d'un corpo morale può essere anche tacito, può esserlo parimente quello della cessazione di esso. Estinta che sia una persona giuridica, cessa ad un tempo necessariamente ogni sua capacità di diritti e di obbligazioni, e lo stato può disporre dei beni che ad essa appartenevano.

25. I corpi morali essendo considerati come persone, estendono la loro capacità generalmente a quegli oggetti, che sono proprii eziandio della capacità giuridica delle persone naturali.

Questa regola generale subisce però delle limitazioni; alcune delle quali derivano necessariamente dalla natura delle cose, altre dalle disposizioni della legge. Per natura delle cose, le persone giuridiche non possono esser capaci di quei diritti e di quelle obbligazioni, che suppongono

necessariamente l'esistenza d'una persona fisica, quali sono i diritti dipendenti dallo *stato di famiglia*, la capacità di disporre per testamento, di succedere *ab intestato* ai parenti in certo grado, ecc. Per altro, se è vero che la capacità delle persone giuridiche riguarda generalmente e principalmente i diritti e le obbligazioni relative ai beni, sarebbe tuttavia soverchio il voler escludere assolutamente ch'esse possano mai avere altri diritti esercibili anche in rapporti di diritto privato. Anche questi enti morali possono invero aver diritti inerenti alla loro personalità giuridica, ed esercibili verso altre persone, sebbene non si riferiscano propriamente ai beni. Ne sono esempio i poteri, che a molti corpi morali competono, in conformità degli statuti fondamentali che li reggono, sulle persone che ai corpi stessi appartengono, o che approfittano dei beneficii della loro istituzione; e la tutela che talvolta è deferita a tali corpi su certe persone, e che essi poi possono esercitare col mezzo di persone legittimamente delegate (art. 262 Cod. civ.).

In virtù delle disposizioni della legge può ancora essere limitata la capacità delle persone giuridiche, proibendo loro di possedere certi beni, acquistare certi diritti, fare determinati atti, ed assumere date obbligazioni; ovvero stabilendo per esse la necessità di alcune formalità abilitanti; e se ne hanno esempi, tra gli altri, negli art. 518, 932, 1060 del Cod. civ. A questo accenna anche l'art. 2 del Cod. civ., dicendo che le persone morali godono dei diritti civili *secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico.*

26. Le persone giuridiche possono essere considerate sotto un doppio rispetto; in quello, cioè, che risguarda la loro organizzazione e l'amministrazione dei loro affari, ed in quello che concerne i loro rapporti giuridici verso le altre persone.

Nel primo, esse sono regolate da leggi speciali, estranee al diritto civile propriamente tale, ed appartenenti al diritto

pubblico amministrativo. Nel secondo, anche le persone giuridiche sono soggette al diritto comune dei privati; salvo che non siano poste in condizioni eccezionali per disposizioni espresse di legge, come fu osservato nel numero precedente. È notevole, a questo riguardo, che, sebbene esista tra i comuni e gli stabilimenti pubblici una grandissima differenza relativamente alla loro organizzazione ed ai loro rapporti col governo, pure in ciò che concerne la capacità giuridica nei rapporti privati sono parificati completamente, come risulta anche dall'art. 2 del codice civile riferito sopra.

27. Dal principio, che le persone giuridiche sono essenzialmente distinte dagl'individui che compongono le corporazioni, o rappresentano le fondazioni, derivano le conseguenze che qui appresso si accennano.

1° I diritti delle persone giuridiche non possono considerarsi come appartenenti individualmente a coloro che le compongono, quand'anche si tratti di corporazioni; come le obbligazioni assunte legalmente da esse non colpiscono punto quegli individui, nè quindi i loro patrimonii.

2° Conseguentemente, anche nelle corporazioni, la proprietà dei loro beni non spetta particolarmente ad alcuno dei componenti le corporazioni stesse. Ciò però non impedisce che, potendovi esser beni la cui proprietà appartenga ad una corporazione, come un comune, e l'uso o il godimento a ciascuno degl'individui che fanno parte della comunità, ognuno di questi individui abbia un diritto proprio e singolare, di cui gli competa personalmente l'esercizio.

3° Appartiene soltanto ai rappresentanti legittimi d'una corporazione, non individualmente a ciascuno dei suoi membri, l'esercitare in giustizia le azioni tendenti a far valere i diritti competenti alla corporazione stessa: salvo sempre a ciascuno l'agire individualmente per l'esercizio delle proprie ragioni legittime particolari sui beni appar-

tenenti alla corporazione di cui fa parte, quando a questa non si contesti la proprietà (1).

4° I membri stessi d'una associazione possono essere considerati come terze persone relativamente ad essa, per quanto concerne i loro rapporti individuali a fronte della medesima. È così che i cittadini d'uno stato si riguardano come terze persone perfettamente distinte dal corpo politico di cui fanno parte, in ciò che spetta ai loro rapporti privati collo stato stesso (2).

28. Per capacità delle persone intendiamo l'idoneità legale di esse a divenire soggetto di determinati diritti e d'obbligazioni.

È chiaro, pertanto, che la capacità deve variare a seconda delle diverse qualità, che rendano idonea la persona a godere od esercitare il tale o il tale altro diritto civile; secondo che essa sia, per esempio, cittadina o straniera, maggiore o minore di età, emancipata o interdetta, celibe o congiunta in matrimonio, secondo che abbia figli od ascendenti o non ne abbia, ecc. Il complesso di queste qualità costituisce lo *stato civile* della persona; il quale si distingue dallo *stato politico*, risultante dal complesso delle qualità necessarie onde essere ammesso all'esercizio dei diritti politici, pei quali si partecipa alla vita pubblica mediante la facoltà di eleggere od essere eletto ai vari corpi rappresentativi, od assumere funzioni pubbliche.

29. Lo stato delle persone, considerato in se stesso e astrattamente, è per sua essenza *indivisibile*. Ciò non è solo per la ragione, che comunemente si adduce, della impossibilità che uno stato appartenga e non appartenga ad un tempo ad una persona, che uno sia contemporaneamente cittadino e straniero, figlio legittimo di un tale

---

(1) V. Zachariæ, t. I, § 53, nª 7; Aubry e Rau, t. I, § 54, nª 44.
(2) V. Zachariæ, loc. cit.

o no, maggiore e minore di età, ecc.; poichè questo potrebbe ripetersi ugualmente di qualunque altra cosa o fatto, essendo la verità sempre una, sicchè è impossibile che una cosa sia e insieme non sia.

Ma lo stato personale è indivisibile per ragione del suo oggetto; il quale consistendo, come fu detto, nel complesso delle qualità, che rendono la persona capace del godimento e dell'esercizio dei diritti civili, costituisce così un'astrazione, che si confonde colla personalità stessa dell'individuo, s'identifica con essa, e diviene quindi parimente indivisibile. Pertanto, una volta costituito lo stato d'una persona, sia poi per virtù diretta ed immediata di legge, come sarebbe per la cittadinanza o per la maggiore età, sia in forza di un atto speciale o di una sentenza nei casi dalla legge medesima ammessi, come avviene per la legittimazione, l'adozione, l'emancipazione, l'interdizione, la separazione personale tra coniugi; quello stato dev'essere necessariamente riconosciuto e rispettato da tutti, e per qualunque degli effetti che la legge vi annette.

Tale è l'idea generale e il fondamento di questo principio della indivisibilità dello stato personale.

Tuttavia la indivisibilità, che è propria dello stato in se stesso, non sussiste per le conseguenze ch'esso può avere nella sua applicazione ai diversi diritti sui beni. Così, per esempio, quantunque sia indivisibile lo stato relativamente alla figliazione legittima, non sono però indivisibili le successioni, a cui si possa esser chiamato nella qualità di figlio legittimo di un tale; ed è possibilissimo che taluno ottenga giudizialmente la dichiarazione del suo diritto ad una data eredità, e non rispetto ad un'altra, che pure per la medesima qualità dovrebbe spettargli; o l'ottenga a fronte di una determinata persona, e non di un'altra che pure abbia con essa comuni interessi e condizioni.

TITOLO I.

DELLA CITTADINANZA E DEL GODIMENTO DEI DIRITTI CIVILI

CAPO I.

Dei diritti civili e del godimento di essi.

Sommario. — 30. Quali siano i diritti civili, e come si distinguano dai diritti politici. — 31. Distinzione tra il *godimento* e l'*esercizio* dei diritti civili. — 32. Distinzione tra i *diritti civili* e le *qualità civili* da cui quelli derivano. — 33. A quali persone la legge attribuisca il godimento dei diritti civili. — 34. Massime stabilite dall'art. 1° del codice civile relativamente al godimento dei diritti civili spettante ai cittadini. — 35. Disposizione del successivo art. 2 riguardante le *persone giuridiche*. — 36. Massima adottata nell'art. 3, che riconosce il pieno godimento dei diritti civili anche agli stranieri. — 37. Applicazioni principali di questa massima. — 38. Differenze tuttavia esistenti tra il cittadino e lo straniero.

30. Furono definiti i *diritti civili*, dicendoli “ quelli “ che secondo i principii del diritto filosofico non esiste- “ rebbero per l'uomo che vivesse in uno stato estrasociale, “ e che non trovano il loro fondamento se non nella legi- “ slazione positiva „ (1).

Altri intenderebbero per *diritti civili* “ quelli che per “ espresse disposizioni di legge sono accordati ai cittadini “ ad esclusione degli stranieri „ (2).

La prima di queste definizioni distinguerebbe in sostanza le facoltà derivanti dal diritto naturale, da quelle che sono fondate sul diritto positivo umano; sia poi che da esso soltanto siano state create, o che pure riconoscendo la loro

---

(1) Confr. Laurent, t. I, n. 318; Aubry e Rau, t. I, § 78.
(2) V. Zachariæ, t. I, § 76.

origine nel diritto di natura, siano state modificate o sviluppate dal diritto positivo, o ne abbiano ricevuta una forma speciale. A questa seconda categoria di facoltà si applicherebbe la denominazione di *diritti civili*. Nè sembra potersi negare che tale distinzione, oltre ad essere fondata sul vero, presenti anche un'idea opportuna alla pratica; in quanto che riserva la qualificazione di *diritti civili* a quelli che sono in qualche modo in dominio della legislazione civile, mentre i *diritti naturali* essendo inerenti alla stessa personalità dell'uomo, non potrebbero senza offesa di essa essere tolti o scemati dalle leggi positive. — Ma non si darebbe con ciò un'idea abbastanza esatta dei diritti civili nella specialità della materia di cui ci occupiamo, la quale si restringe al *diritto privato*, mentre dicendo diritti civili quelli che sono fondati sulla legislazione positiva, vi si comprenderebbero anche quelli che sono emanazione del *diritto pubblico*.

L'intendere poi per diritti civili quelli, che per disposizione di legge sono riservati ai cittadini ad esclusione degli stranieri, è manifesto non potersi ammettere sotto una legislazione come la nostra, che estende espressamente agli stranieri, come ai cittadini, il *godimento dei diritti civili* (art. 3 Cod. civ.).

Sembra dunque che sotto tale denominazione debbansi comprendere per noi “ quelle facoltà che si esercitano nei “ rapporti delle persone private tra loro, e che sono confe- “ rite dalla legge civile, dal *diritto privato* „ (1).

Così i *diritti civili* si distinguono agevolmente dai *diritti politici*; i quali derivano dal *diritto pubblico*, e consistono nelle facoltà, per le quali i cittadini possono partecipare all'esercizio del potere pubblico coll'eleggere od essere eletti ai vari corpi rappresentativi, o coll'assumere uffici pubblici, come sarebbero le funzioni di giurato, di sindaco, ecc.

---

(1) V. Marcadé, art. 7, § I, t. I, n. 103.

31. Non è da confondersi il *godimento* coll'*esercizio* dei diritti civili.

Il godimento consiste nell'attribuzione ad una persona della facoltà di usare un determinato diritto; l'esercizio è l'uso effettivo che quella persona ne fa (1).

Si gode di un diritto per ciò solo ch'esso è in potenza presso la persona; si esercita quando si attua praticamente coll'applicazione a ciò che ne forma oggetto. Così, un proprietario ha diritto di rivendicare la cosa che gli appartiene da chiunque ne sia possessore o detentore; ha diritto di donare, se voglia, quella cosa ad altri. Ecco il godimento del diritto. L'intentare in giudizio l'azione di rivendicazione, il fare l'atto di donazione, ne costituirebbero l'esercizio.

Questa separazione del godimento dall'esercizio dei diritti non è una mera astrazione, ma vi corrisponde anche talvolta una pratica realtà. Certamente, non si può mai esercitare un diritto di cui non si goda, nè si può concepire che manchi assolutamente la esercibilità di un diritto del quale si abbia il godimento, perchè questo allora sarebbe ridotto ad una esistenza meramente nominale: ma ben si comprende, e spesso anche avviene, che taluno goda di un diritto, ch'egli non possa poi *esercitare personalmente*, e l'esercizio ne sia dalla legge affidato ad altri in rappresentanza dell'incapace. Così accade pei minori e per gli interdetti.

Vi sono però certi diritti, la cui essenziale e strettissima personalità importa necessariamente che chiunque li goda possa anche personalmente esercitarli, come quelli di contrarre matrimonio e di testare. Allora, o non vi ha godimento effettivo di quel determinato diritto, ovvero vi si associa anche la facoltà personale di esercitarlo, salvo in certi casi l'adempimento di formalità abilitanti, che possono tuttavia essere richieste dalla legge.

---

(1) V. Demolombe, t. I, n. 139; Pacifici-Mazzoni, *Istit. di dir. civ. it.*, lib. I, *Delle persone*, n. 10, 2ª ediz., n. 11.

Un moderno autore ha presentato sotto un diverso aspetto la distinzione tra il godimento e l'esercizio dei diritti civili, dicendo che " Il *godimento concerne il diritto*, è la facoltà " consacrata dalla legge. L'*esercizio*, invece, *concerne il* " *fatto*, ed esige conseguentemente una *capacità di fatto;* " mentre *il godimento non richiede che* un' *attitudine di* " *diritto* „. E prosegue dando gli esempi dei minori, degli interdetti, delle donne maritate, delle persone soggette a consulente giudiziario, dicendo che costoro " continuano a godere dei diritti civili, ma non li esercitano " più „ (1).

Non ci sembra però che in questo discorso si riscontri quella rigorosa esattezza di concetti e di linguaggio, che l'egregio autore osserva ordinariamente con tanta cura, ed inculca sempre con tanto ardore. Lasciamo pure da banda che le donne maritate e le persone soggette a consulente giudiziario non possono porsi a paro dei minori e degl'interdetti, quanto alla incapacità ad esercitare i loro diritti; poichè li esercitano di fatto personalmente, salvochè per loro è necessaria l'autorizzazione del marito, l'assistenza del consulente. Ma inoltre, se è verissimo che l'esercizio d'un diritto costituisce *un fatto*, non si può dedurre da ciò che la capacità a tale esercizio sia parimente *di fatto*. La capacità all'esercizio, come al godimento dei diritti civili, è sempre *giuridica;* tanto è vero che un minore o un interdetto può essere di fatto capacissimo ad esercitare personalmente le proprie ragioni, e tuttavia ciò gli è vietato per disposizione della legge.

Oltre a questo, non è vero che i minori e gl'interdetti *godano dei diritti civili, ma non li esercitino*, ciò che sarebbe assurdo; è vero soltanto — come notammo — che *non possono esercitarli personalmente*, ma col mezzo dei loro rappresentanti legittimi, che agiscono in loro nome.

---

(1) V. Laurent, t. I, n. 319.

32. Ancora bisogna guardarsi dal confondere le *qualità civili*, dal cui complesso è costituito lo stato di una persona, coi *diritti civili*, di cui la persona stessa diviene capace in forza di quelle qualità, di quello stato.

Le qualità civili si attengono strettissimamente alla persona, la quale perciò non potrebbe mai per propria volontà spogliarsene, come non potrebbe spogliarsi della propria personalità. Inoltre quelle qualità costituendo l'organismo dello stato civile, interessano eminentemente l'ordine pubblico, ed anche sotto questo aspetto le leggi relative non possono soffrire derogazione per volontà privata. Da ciò deriva che non possa avere alcuno effetto in diritto la rinuncia, che taluno facesse ad una propria qualità civile ed agli effetti giuridici di essa in genere. Così un genitore non potrebbe rinunciare alla patria podestà, nè un marito all'autorità maritale (art. 1379 Cod. civ.).

Ma fra i diritti civili derivanti dalle qualità costitutive o modificative dello stato d'una persona, ve ne sono alcuni, che riguardano soltanto i beni, gli interessi puramente pecuniari; come l'usufrutto legale, che spetta al genitore avente patria potestà su certi beni del figlio. Ora, questi diritti puramente pecuniari non concernono che l'ordine privato, l'interesse particolare di colui in vantaggio del quale sono costituiti; il quale pertanto può per propria volontà rinunciarvi, e la disposizione di legge che lo favorisce è, per sua natura, suscettibile di derogazione. Così il genitore esercente la patria podestà potrebbe rinunciare validamente all'usufrutto, che la legge gli accorda sui beni del figlio: ed anche un estraneo potrebbe ordinare a vantaggio del figlio stesso un legato od una donazione colla condizione che il padre non ne avesse l'usufrutto (art. 229, n. 1° Cod. civ.).

33. Il godimento dei diritti civili appartiene in primo luogo ai cittadini (articolo 1° Cod. civ.). Se un dubbio avesse potuto sorgere in questo argomento, sarebbe stato

intorno al bisogno di esprimere testualmente un principio tanto evidente per se stesso, e specialmente in una legislazione che ammette anche gli stranieri al godimento dei diritti civili. Ma, per quanto fosse indubitabile che i cittadini godono dei diritti civili, importava dichiarare alcune gravi conseguenze di questa massima, fondata sull'eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge, e sul non poter essi venir privati dei diritti che loro competono, fuorchè per loro volontà espressa o tacita, o in conseguenza di una condanna penale. E tale appunto fu lo scopo della disposizione contenuta nell'articolo primo del codice, di cui ci occuperemo nel seguente numero.

Appresso agli individui rivestiti della qualità di cittadini, dovean venire naturalmente le persone giuridiche legittimamente esistenti nello stato; le quali essendo parificate, come abbiam visto, alle persone naturali, dovean pure godere dei medesimi diritti civili attribuiti a queste, salve soltanto le limitazioni, che la natura stessa delle persone giuridiche comparata con quella di alcuni speciali diritti, o le disposizioni di leggi particolari, o gli usi osservati come diritto pubblico interno, potessero arrecare (art. 2° Cod. civ.).

Da ultimo anche gli stranieri furono dal nostro codice parificati ai cittadini quanto al godimento dei diritti civili (art. 3 Cod. civ.).

Intorno a ciascuna di queste massime, proclamate nei suddetti articoli, sarà opportuno qualche breve cenno.

34. " Ogni cittadino — così l'articolo 1° — gode " dei diritti civili, purchè non ne sia decaduto per condanna " penale ".

In questa disposizione troviamo enunciati due grandi e fondamentali principii, cioè: 1° che ogni cittadino gode dei diritti civili, senza distinzione di condizioni o qualità speciali;

2° che nessun cittadino decade dal godimento dei diritti civili, fuorchè per condanna penale.

La prima di queste massime non è altro, come già fu avvertito, che la conseguenza dell'uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge. Essi tutti debbono godere dei medesimi diritti, senza distinzione di sesso, di età, di posizione sociale. Nè all'applicazione di questo principio potrebbe nuocere la condizione giuridica diversa, in cui per forza di leggi anteriori fossero poste certe persone, le quali, quantunque cittadine, fossero private della capacità per alcuni diritti civili, in causa delle speciali loro qualità o condizioni sociali. Chè trattandosi di capacità personale, la legge che la determina è sempre applicabile anche alle persone la cui capacità fosse differentemente regolata da una legge anteriore, purchè tale applicazione si limiti ai soli atti che prima dell'attivazione della nuova legge non siano stati compiuti, ai soli diritti che prima di quel tempo non si siano aperti (1). Il principio generale, che ogni cittadino gode dei diritti civili, non impedisce però, ben s'intende, che qualcuno di quei diritti, per disposizione speciale di legge, applicabile del resto per tutti indistintamente i cittadini, possa essere subordinato a certe condizioni, in mancanza delle quali ne sia loro vietato l'esercizio od anche il godimento.

La seconda delle massime superiormente accennate si traduce in questo principio fondamentale, che ha poi servito di guida nel determinare le cause, per le quali s'incorre nella perdita della cittadinanza: che cioè la privazione dei diritti civili non possa derivare che dalla volontà espressa o tacita delle persone a cui essi competono, eccettuato soltanto il caso che quella privazione sia inflitta dalla legge come conseguenza e accessorio d'una condanna penale.

Che certe condanne penali dovessero trar seco la perdita dei diritti civili, era giustificato dalle seguenti considerazioni, che leggonsi nella relazione, colla quale fu presentato

---

(1) V. Astengo ed altri, *Codice civile* confrontato, ecc., art. 1, n. VII, pag. 158 e 159.

dal ministro guardasigilli al senato il progetto del primo libro del codice civile:

" La perdita dei diritti civili impedisce in alcuni casi che " con la contumacia si possa evitare assolutamente la pena, " e in altri o è un elemento della pena, od una garanzia " di essa „ (1).

Ciò ammesso in massima, avrebbe poi, naturalmente, dovuto dipendere dal codice penale il determinare quali condanne, e di quali diritti civili, dovessero arrecare la privazione a carico del condannato. E pel passaggio dalle precedenti alla nuova legislazione, il ministro aveva proposta la seguente disposizione transitoria: " La condizione di co- " loro che per effetto di condanna penale fossero incorsi " nella perdita del godimento o dell'esercizio dei diritti " civili continuerà ad essere regolata dalle leggi anteriori „.

Se non che osservavasi dalla commissione coordinatrice; che la legislazione penale non essendo ancora unificata in Italia, ed anzi essendovi in vigore su questa materia tre legislazioni diverse, una delle quali, il codice penale delle antiche provincie esteso alla Lombardia, all'Emilia, alle Marche ed all'Umbria, riferivasi nel suo art. 20 all'art. 44 del codice Albertino, che doveva pur cessare di aver forza quando entrasse in vigore il nuovo codice, sarebbe pertanto stato sconveniente che in materia tanto grave la legislazione penale avesse a riferirsi ad una legge già morta, e molto più che in cosa di tanta importanza si mantenessero in vigore simultaneamente tre legislazioni diverse.

Si provvide adottando nella sua sostanza, salvo alcune modificazioni di forma, una proposta comunicata dalla commissione incaricata per la legislazione penale, e che riuscì formulata nell'articolo 3 delle disposizioni transitorie nei seguenti termini:

" Fino alla promulgazione di un codice penale per tutte " le provincie del regno, le condanne alle pene di morte,

---

(1) V. la *Relazione* suddetta, § 1, pag. 1.

“ dell’ergastolo e dei lavori forzati a vita traggono seco la
“ perdita dei diritti politici, della podestà patria e maritale,
“ e la interdizione legale del condannato.

“ L’interdizione legale toglie al condannato la capacità
“ di amministrare i suoi beni, di alienarli, ipotecarli o di-
“ sporne altrimenti che per testamento. Al condannato in-
“ terdetto legalmente è nominato un tutore, per rappresen-
“ tarlo ed amministrare i suoi beni nel modo stabilito dal
“ nuovo codice per gli interdetti giudizialmente.

“ Le disposizioni riguardanti i beni degl’interdetti giudi-
“ zialmente sono applicabili ai beni del condannato inter-
“ detto legalmente; a questo non può essere assegnato che
“ un tenue sussidio a titolo di alimenti.

“ L’amnistia, l’indulto o la grazia, che condona o com-
“ muta la pena, fa cessare l’interdizione legale del condan-
“ nato, eccetto che la commutazione abbia luogo in altra
“ pena, alla quale sia congiunta per legge la interdizione
“ medesima „.

Da alcuni tra i commissari fu mosso il dubbio se fosse ammissibile, od almeno conveniente, che in una legge transitoria per l’attuazione del codice civile si inserisse una disposizione, la quale determinando gli effetti, quantunque civili, delle condanne penali, spetterebbe veramente alla legislazione penale, e il risolvere così in modo transitorio una questione di tanta importanza, della quale dovrebbe occuparsi poi l’autorità legislativa nella formazione di un codice penale per tutto il regno. Ma prevalse sovra ogni altro pensiero quello di togliere lo sconcio, che in tanto grave materia si avessero più legislazioni a regolare gli effetti civili delle condanne penali. E però fu adottata la riferita disposizione transitoria; dalla quale emerge, che le condanne alle pene di morte, dei lavori forzati a vita, e dell’ergastolo, che è la massima delle pene stabilite dalla legislazione penale toscana, traggono seco bensì la perdita di tutti i diritti politici, ma non di tutti i diritti civili. Tra questi sono tolti al condannato solamente gli

indicati tassativamente nell'articolo surriferito; cioè la podestà patria e maritale, e la capacità di amministrare i beni, di alienarli, ipotecarli o disporne altrimenti che per testamento, essendo il condannato a tali pene sottoposto ad una *interdizione legale*, che è parificata generalmente ne'suoi effetti alla *interdizione giudiziale*. Però, mentre l'interdetto giudizialmente per infermità mentale è dichiarato incapace a disporre per testamento (art. 763 n° 2 Cod. civ.), all'interdetto legalmente per condanna penale è invece lasciata la capacità a testare. Intorno al quale argomento sorse nella commissione coordinatrice una grave differenza di opinioni; reputando alcuni che si dovesse togliere al condannato alle pene di morte e dei lavori forzati a vita la facoltà di testare, considerando ciò come una conseguenza necessaria della penalità inflitta, e come un provvedimento atto a prevenire gli abusi, che della facoltà di far testamento potrebbersi commettere da chi si mostrò, col reato pel quale subì condanna, tanto predominato da malvagie passioni; mentre invece la maggioranza diede prevalenza al pensiero di non aggravare, esagerandole, le conseguenze civili di tali condanne (1).

Per regolare poi la condizione di coloro, che prima dell'attivazione del nuovo codice avessero subìte condanne, per le quali fossero incorsi nella perdita dei diritti civili, fu stabilito nell'art. 4 delle stesse disposizioni transitorie, che " La condizione di coloro che per effetti di condanne penali pronun- " ziate prima dell'attuazione del nuovo codice, sono incorsi " nella perdita del godimento o dell'esercizio dei diritti civili, " *continua ad essere regolata dalle leggi anteriori; ma le inca-* " *pacità civili non più ammesse dall'articolo precedente ces-* " *sano di diritto dal giorno dell'attuazione del detto codice* ".

35. L'articolo 2 del Codice civile, già riferito altra volta discorrendo le teorie delle persone giuridiche, stabi-

---

(1) V. *Proc. verb.*, n. 68, § 6, pag. 804 e seg. e *proc. verb.*, n. 70, § 3, pag. 831.

lisce che queste *godono dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico.*

Dopo le cose già accennate intorno a questo argomento (1) e le dottrine sviluppate relativamente alle persone giuridiche (2), basta qui riferirvisi. Noteremo solo, che il principio generale ivi proclamato, considerarsi cioè come persone tutti in generale i corpi morali legalmente riconosciuti, abbraccia tanto i corpi morali esistenti nel nostro stato e legalmente riconosciuti a tenore delle leggi nostre, quanto quelli esistenti all'estero, purchè essi pure siano stati legalmente riconosciuti (3). Ma gli enti giuridici esistenti presso noi sono parificati alle persone cittadine dello stato nostro; quelli esistenti all'estero sono parificati agli stranieri, e godono dei medesimi diritti a questi attribuiti, secondo l'articolo 3 del Codice civile. Del resto, la capacità delle persone giuridiche, per tutti generalmente i diritti civili attribuiti alle persone naturali, s'intende sempre sotto riserva di eccezione per quei diritti, che suppongono per natura loro l'esistenza di una persona fisica, e di quelli inoltre circa i quali siano apportate espresse limitazioni dalle leggi costituenti il diritto pubblico dello stato.

36. L'articolo 3 dichiara che " Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini ". È questa una delle più gravi innovazioni introdotte dalla nostra legislazione; che volle in questa, come in tutte le altre materie di diritto internazionale privato, informarsi ai principii più largamente liberali.

Anticamente avevasi il *diritto di albinaggio* (*jus alibi natorum*) pel quale gli stranieri erano colpiti di particolari carichi e di molte incapacità civili. Ma in un senso più speciale e ristretto davasi il nome di *diritto d'albinaggio*

---

(1) V. sopra, n. 33, pag. 94.
(2) V. sopra, n. 3, p. 5, ss.
(3) V. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 2ª ediz., lib. I, *Delle persone*, n. 12, p. 13.

all'incapacità legale, di cui si colpivano gli stranieri per rapporto al diritto di *succedere ab intestato*, e di disporre o ricevere per atto d'ultima volontà, e quindi al diritto pel quale lo stato acquistava i beni lasciati da ogni straniero, che morisse con testamento o senza, ed ancorchè lasciasse nello stato stesso parenti, che però non fossero i suoi figli legittimi. Chiamavasi *diritto di detrazione* quello pel quale in via di eccezione, e per virtù di speciali trattati, rilevando gli stranieri dalle preaccennate incapacità relative alle successioni, si sostituiva però al diritto di albinaggio la prelevazione d'un diritto a favore del *fisco* sulle successioni medesime, in ragione d'una determinata quota del valore di esse; quota che variava da paese a paese, secondo appunto gli speciali trattati, o gli usi locali.

Il progresso della civilizzazione, l'estendersi delle relazioni internazionali, condussero quasi dappertutto all'abolizione del diritto di albinaggio, o con disposizioni dei codici, o con leggi speciali, o con trattati internazionali o dichiarazioni diplomatiche. Alcune legislazioni ammisero anche gli stranieri, *purchè residenti nello stato* retto da esse, all'esercizio di tutti i diritti civili, come i cittadini stessi: ma fra queste, talune richiedevano inoltre che lo straniero avesse ottenuto dal governo il permesso di stabilire il proprio domicilio nello stato. Nessuna legislazione si era spinta fino ab abolire assolutamente ogni distinzione fra cittadini e stranieri per rapporto al godimento dei diritti civili.

Nei codici, che imperavano in Italia prima dell'attuale, dominavano generalmente questi due principii: 1° essere esclusi gli stranieri dal godimento di quei soli diritti civili, pei quali era richiesta espressamente la qualità di cittadino; 2° ammettersi la *reciprocità di trattamento*, in virtù di cui gli stranieri potevano invocare quegli stessi diritti, che le loro leggi accordavano ai nazionali del paese in cui volevano esercitarli. — Questo principio della reciprocità, accolto anche da altre legislazioni straniere all'Italia, era poi inteso in due diversi modi; o nel senso

di una *reciprocità pura e semplice*, cioè risultante dall'essere, *in fatto* o *per disposizione formale* delle leggi a cui lo straniero era soggetto, ammessi al godimento di determinati diritti i nazionali del paese in cui identici diritti s'invocavano dallo straniero stesso; ovvero di una *reciprocità diplomatica*, di diritto, sanzionata cioè da trattati internazionali o da dichiarazioni equivalenti.

Nel progetto presentato dal ministro Pisanelli al senato leggevasi la stessa disposizione, che passò poi nell'art. 3 del Codice; se non che vi era espressa la riserva di speciali eccezioni, che per legge potessero farsi. I motivi di quella proposta erano così formulati nella relazione del ministro.

" Senza dubbiezza fu conceduto agli stranieri l'esercizio " dei diritti civili attribuiti ai cittadini.

" Considerando le differenze, che sussistono ancora rispetto al diritto civile, tra i cittadini e gli stranieri, si " rimarrà convinti che possono cessare senza pericolo.

" Era stato imposto all'attore straniero l'obbligo della " cauzione (1); ma non si può esser tradotto in giudizio " da un cittadino insolvibile? Spesso la dimanda di cauzione non è che un'arma, di cui si giova il convenuto " per indugiare il corso del giudizio e molestare l'attore. " Gli accresciuti mezzi di comunicazione rendono oggi " agevole al cittadino il conseguimento dei suoi diritti.

" La frequenza con cui oggi si avvicendano gli stranieri " renderebbe pericoloso escluderli dalla testimonianza „ (2).

La commissione del senato accoglieva anch'essa questa disposizione, siccome diretta a rendere omaggio al principio di solidarietà fra i popoli, che si va dilatando nel nuovo diritto delle genti: " ma vi apponeva la condizione

---

(1) La cauzione, conosciuta sotto la denominazione di *cautio judicatum solvi*, era quella che, ad istanza del convenuto, poteva essere obbligato a prestare lo straniero, che fosse attore principale o interveniente in causa, per garantire il pagamento delle spese giudiziali e dei danni-interessi, a cui potesse essere condannato.

(2) V. *Relazione* Pisanelli, § I, pag. 2.

" della residenza dello straniero nel regno; la quale con-
" dizione, oltre di essere implicitamente sottintesa per
" quei diritti civili di cui l'esercizio stesso esige la presenza
" personale, parve opportuna per tutti, *ad evitare la strana*
" *esagerazione di attribuire agli abitanti dei nostri antipodi*
" *il godimento dei diritti civili in Italia* „ (1). Quanto agli stranieri non residenti, si proponeva di proclamare il principio della *reciprocità pura e semplice.*

Ma la commissione di coordinazione fu unanime nell'avviso, che si dovesse cancellare la condizione di residenza, aggiunta dalla commissione del senato, e ritornare così alla proposta ministeriale; togliendo però anche la riserva delle speciali eccezioni possibili, per essere tale riserva inutile da una parte, pel caso in cui le eccezioni si volessero fare legislativamente, e dannosa dall'altra, in quanto che affievolirebbe l'autorità del principio (2).

37. Ammesso così, come fu dall'art. 3 del nostro codice, il pareggiamento completo, e senza condizioni, degli stranieri ai cittadini, quanto al godimento dei diritti civili, ne segue non esservi verun diritto, veruna facoltà, esercibile nei rapporti delle persone private tra loro, e conferita dal diritto privato, che non si conceda dalla nostra legislazione ai forestieri del pari che ai cittadini. Nè si considera se agl'Italiani siano o no accordati nel paese straniero diritti uguali a quelli, che la persona appartenente a tale paese voglia esercitare presso noi. Il nostro codice ha seguita in questa, come in ogni altra materia di diritto internazionale privato, la massima di disporre secondo i principii creduti più giusti, più ragionevoli, più conformi agl'interessi internazionali, senza guardare a ciò che in altri paesi sia stabilito. Ha considerato che l'esempio suo debba essere più o men presto imitato dalle altre nazioni;

(1) V. *Relazione* Vigliani, pag. 15, 16.
(2) V. *Proc. verb.*, n. 1, § VI, pag. 26 e 27.

ed ha tenuto conto frattanto del vantaggio, che la larghezza, usata da noi agli stranieri, potrà procurare ai cittadini nostri in quei paesi nei quali è ammesso il principio della reciprocità.

Neppure si richiede che lo straniero, per poter esercitare in Italia i diritti civili attribuiti ai cittadini, risieda nel regno.

Non è il semplice esercizio dei diritti civili, che sia concesso agli stranieri temporariamente, pel fatto della loro residenza nello stato, e fin quando essa continui. Lo straniero è investito, come il cittadino, dei diritti civili, e ne ha il pieno godimento dovunque egli si trovi, sia poi in Italia, sia nel proprio o in altro paese straniero. Può parere una strana esagerazione, come disse la commissione del senato, l'attribuire ai nostri antipodi il godimento dei diritti civili in Italia. Ma questa esagerazione si appalesa ben presto più apparente che reale. E veramente i casi, in cui avrà a verificarsi l'applicazione effettiva della concessione fatta dalla nostra legge a vantaggio degli stranieri, saranno quasi sempre quelli di persone appartenenti a paesi aventi col nostro frequenti ed importanti relazioni; nè potrà essere dannoso, ma vantaggioso anche per noi l'essere esteso ai cittadini di tali paesi il godimento dei nostri diritti civili.

Poi nello stato attuale del diritto internazionale, le esclusioni dai diritti civili, mantenute ancora dalle altre legislazioni a danno degli stranieri, si restringono a pochissimi punti, quali sono principalmente quelli di esigere dagli stranieri attori in giudizio la cauzione *judicatum solvi*, e di non ammetterli come testimoni agli atti pubblici. Ma per abolire anche queste esclusioni stavano le gravi considerazioni addotte nella relazione ministeriale, e riportate nel precedente numero. Infine, anche ammesso, come ha fatto il nostro codice, il pareggiamento degli stranieri ai cittadini quanto al godimento dei diritti civili, non cessa per questo di essere assai differente, anche nei rapporti

dello stesso diritto privato, la condizione dello straniero da quella del cittadino, come sarà dimostrato nel seguente numero.

Ritenuto pertanto, che tutte le facoltà conferite dal diritto privato nei rapporti delle private persone tra loro, spettano, in forza della nostra legge, allo straniero non meno che ai cittadini, riesce molto agevole lo scorgere l'estensione che può avere nella sua applicazione la massima stabilita dall'art. 3 del codice civile. Imperciocchè, non solo quelle facoltà che derivano direttamente dal diritto di natura, ma quelle ancora che dipendono dal diritto positivo umano, o come creazioni sue, o per le modificazioni ch'esso vi abbia introdotte, quantunque siano primitivamente fondate quanto alla loro essenza nel diritto naturale, tutte le facoltà, in somma, che appartenendo al *diritto privato* possono qualificarsi come *diritti civili propriamente detti*, saranno godute anche dagli stranieri.

Così non vi è dubbio, che gli stranieri potendo essere proprietari di beni anche immobili situati in Italia, potendo essere creditori e debitori secondo le leggi civili italiane, avranno anche facoltà d'invocare e praticare tutti i mezzi che le leggi nostre riconoscono e sanciscono per ottenere l'acquisto e la trasmissione dei beni, la formazione e la liberazione delle obbligazioni, la prova giudiziale dei fatti producenti quell'acquisto, quella trasmissione di beni, o pei quali le obbligazioni si contraggono o si estinguono. Potranno quindi succedere *ab intestato* nei beni lasciati in Italia dai loro parenti italiani o stranieri, dovunque siasi verificato l'aprimento della successione. Potranno disporre dei propri beni a qualunque titolo, tanto oneroso che gratuito, sì per atto fra vivi che d'ultima volontà, e approfittare delle disposizioni di beneficenza, così fra vivi come testamentarie, fatte in loro favore da italiani o da stranieri. Potranno acquistare *ipoteche giudiziali* o *convenzionali*, e reclamare anche *ipoteche legali* nei casi stabiliti dalla legge. Potranno invocare la prescrizione, tanto all'effetto

di acquistare la proprietà od altri diritti sulle cose, quanto a quello di liberarsi dalle obbligazioni. Potranno provare in giudizio i loro diritti, e procedere esecutivamente contro i loro debitori, coi mezzi ordinari comuni anche ai cittadini, ecc.

38. Non ostante che gli stranieri abbiano comune coi cittadini il godimento dei diritti civili, non bisogna credere per questo che gli uni e gli altri si trovino, anche solo quanto ai rapporti puramente civili, in condizioni perfettamente identiche; chè anzi vi sono fra essi differenze assai rimarchevoli, che ora dimostreremo.

1° Innanzi tutto ai soli cittadini, sotto le condizioni determinate dalla legge, non mai agli stranieri, appartengono i *diritti politici*. Intorno al quale argomento non abbiamo che a riferirci alle cose esposte superiormente riguardo a questa specie di diritti (1).

2° Vi è qualche diritto, che rigorosamente non cadrebbe nella classificazione dei *diritti politici*, non facendo partecipare in verun modo, coloro che ne godono, sia all'esercizio, sia allo stabilimento della podestà e delle funzioni pubbliche; ma che tuttavia non può esser goduto dagli stranieri, perchè nemmeno si comprende nella cerchia dei diritti civili propriamente detti, non riguardando a rapporti ed interessi puramente privati.

Tale è, fra altri, il diritto di rimanere nel territorio dello stato, senza che alle autorità governative possa competere la facoltà di espellerne per motivi di pubblica sicurezza e per provvedimento amministrativo: diritto questo, che alcuni hanno chiamato d'*incolato*, sebbene con tale denominazione si significhi più propriamente lo stabilimento di domicilio nello stato per parte di uno straniero.

I signori Astengo, De Foresta, Gerra, Spanna e Vaccarone, nel loro commento all'articolo 3 del codice civile,

---

(1) V. n. 30, pag. 89, ss.

ci attestano che " sebbene il processo verbale della com-
" missione non ne faccia menzione, fu ritenuto che tra
" i diritti politici riservati ai soli cittadini vi fosse quello
" di non poter essere espulso dal territorio del regno in
" via amministrativa o di pubblica sicurezza „. E indipendentemente anche da ciò che la commissione abbia ritenuto, par certo che l'avere la nostra legge fatti partecipi dei diritti civili anche gli stranieri non possa attribuire ad essi un diritto, che esce per sua natura dalla sfera ristretta del diritto privato, riguardando a rapporti che passano tra private persone e il governo, non già da privato a privato, ed attenendosi ad interessi manifestamente pubblici. Oltre di che un tale diritto, quanto si riconosce giusto e necessario allorchè è applicato ai cittadini, altrettanto potrebbe divenire ingiusto e pericoloso estendendolo agli stranieri; ai quali non si potesse negare dall'autorità dello stato la continuazione d'una ospitalità, che tornasse a pregiudizio della sicurezza o di gravi interessi dello stato medesimo.

Nella discussione fatta dalla commissione legislativa, uno dei commissari notava gl'inconvenienti, a cui potevasi andare incontro, accordando l'esercizio dei diritti civili agli stranieri indipendentemente dalla condizione della residenza loro nello stato; e fra tali inconvenienti accennava principalmente l'ammissione all'esercizio delle funzioni di tutore, di sindaco, di consigliere comunale. Ma fu risposto
" doversi distinguere l'esercizio dei pubblici uffizi dai di-
" ritti civili propriamente detti, dei quali soltanto si da-
" rebbe il godimento allo straniero; che sono quei diritti
" di carattere meramente privato e di ragione individuale,
" che concernono la famiglia o la proprietà, e sono rego-
" lati dal codice; nè essere d'altronde fondati i timori
" manifestati circa la tutela, giacchè ad ogni modo prov-
" vederebbe il consiglio di famiglia.

" In vista di queste osservazioni, e massimamente della
" fattasi dichiarazione, che non potranno mai gli stranieri,

" in forza della disposizione di che trattasi, essere am-
" messi all'esercizio degli uffizi pubblici, e per fare anche
" omaggio ad un principio liberale, che sarà onorevole
" per l'Italia di essere stata la prima a proclamare ed
" inserire nel codice, si è all'unanimità accettata la pro-
" posta di ritornare all'articolo 3 del progetto Pisanelli,
" cancellando la condizione aggiunta dalla commissione
" senatoria „ (1).

Il dubbio, al quale così si rispose, non poteva essere molto grave, quanto alle funzioni di consigliere municipale o di sindaco, poichè l'eleggibilità a questi uffizi eminentemente pubblici non poteva certamente comprendersi nella classe dei diritti civili, secondo il proprio e stretto significato di questa espressione, al quale bisogna rigorosamente attenersi nell'applicare la concessione fatta agli stranieri da questo articolo 3 del nostro codice.

Ma potevasi porre seriamente in questione, se lo straniero, ammesso dalla legge al godimento dei diritti civili, fosse perciò capace anche d'esser tutore; e la discussione, che avvenne presso la commissione legislativa, non basta a togliere intorno a ciò ogni incertezza, essendosi limitata la risposta a dire, non essere fondato il timore che fosse dannoso al tutelato l'affidare la cura della sua persona e l'amministrazione dei suoi beni ad uno straniero, residente forse in lontane regioni, *perchè provvederebbe ad ogni modo il consiglio di famiglia.*

La stessa questione presentavasi anche in diritto francese per l'applicazione dell'articolo 13 di quel codice, che ammetteva lo straniero al godimento dei diritti civili quando avesse ottenuta dal governo l'autorizzazione di stabilire il suo domicilio in Francia, e finchè continuasse a risiedervi. Opinioni autorevolissime negavano che lo straniero, sebbene partecipe dei diritti civili, potesse esser tutore, e si fondavano sulle seguenti considerazioni:

---

(1) V. *Proc. verb.*, n. 1, § VI, pag. 27.

a) La tutela, dicevasi, è sempre stata considerata come un ufficio pubblico, che interessa all'intiera società, poichè ha per fine la direzione e il governo delle famiglie. È perciò che questo ufficio è obbligatorio, e non ammette dispensa fuorchè nei casi determinati dalla legge; che ne sono in generale, e salve poche eccezioni, escluse le donne; che parecchie altre incapacità sono pronunciate. E queste funzioni pubbliche sono di tale natura, che la capacità all'esercizio di esse, se non fa parte, a rigore, dello stato politico d'una persona, costituisce però una dipendenza dello stato medesimo.

b) Appunto perchè le funzioni di tutore non appartengono veramente alla classe dei diritti civili propriamente detti, non basta che per esse la incapacità degli stranieri partecipi dei diritti civili non sia stata esplicitamente pronunciata, ma bisognerebbe al contrario che dalla legge fosse stata espressamente dichiarata la loro capacità (1).

Non mancava però chi preferisse l'opinione opposta, professando che tutti i rapporti concernenti lo stato delle persone, e analoghi a quelli di famiglia, come sono appunto le relazioni risultanti dalla tutela e dalla curatela, potessero esistere anche tra francesi e stranieri (2).

E sembra che a quest'ultimo avviso si possa con maggiore fondamento attenersi.

La tutela è un uffizio civile d'ordine pubblico, poichè a quest'ordine appartiene tutto ciò che concerne lo stato delle persone, e più specialmente la protezione degl'incapaci. Ma non può qualificarsi questo come un *uffizio pubblico*, nel vero e stretto senso di tale espressione; nè infatti è da confondersi l'ufficio tutorio con quelle funzioni, per le quali si partecipa all'esercizio del potere pubblico, e che perciò appunto vengono classificate tra i diritti

---

(1) V. Zachariæ, t. I, § 75; Demolombe, t. I, n. 245 e 267; Aubry e Rau, t. I, § 92, nª 3, § 104, n. 4.

(2) V. Valette sur Proudhon, chap. XI, sect. I; Laurent, t. I, n. 445, p. 560, t. IV, n. 366, p. 477, ss.

politici. La sfera d'azione, in questo uffizio della tutela, si restringe ai rapporti meramente privati, concernenti la rappresentanza del tutelato negli atti della vita civile, e l'amministrazione dei beni di lui. Non pare quindi che possa essa considerarsi fondatamente come una dipendenza dello stato politico del tutore.

Nemmeno si scorge il perchè non dovesse qui ricevere applicazione il principio fondamentale di diritto civile, che la capacità di una persona si estende a tutto quello per cui non sia dalla legge espressamente dichiarata la sua incapacità; mentre la legge ha avuto cura di annoverare tutte le cause d'incapacità o di esclusione dagli uffizi tutelari, e fra esse non ha enunciata la qualità di straniero (1).

La testimonianza, voluta come solennità nella celebrazione degli atti pubblici, può pure considerarsi come un uffizio attinente all'ordine pubblico, nel senso che i testimoni partecipano in qualche modo alle funzioni del pubblico ufficiale, il quale non potrebbe senza il loro intervento ricevere l'atto. Tuttavia neppur questa è veramente una funzione che possa qualificarsi come ufficio pubblico nel vero e proprio senso della parola, poichè per essa non si partecipa in verun modo all'esercizio dei poteri pubblici, e l'oggetto suo si limita entro la cerchia dei rapporti puramente privati. Oltre a ciò l'abolire l'incapacità degli stranieri a figurare come testimoni nella celebrazione degli atti pubblici, fu uno dei motivi nominatamente addotti per giustificare la disposizione colla quale si parificavano gli stranieri ai cittadini nel godimento dei diritti civili (2). Sembra dunque indubitabile per noi, che anche gli stranieri possano, in generale, intervenire come testimoni agli atti pubblici, salve, s'intende, le speciali disposizioni di legge, che per determinati atti togliessero ad

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, 2ª ediz., lib. I, n. 12; Ricci, t. I, n. 378.
(2) V. sopra, n. 36, pag. 101.

essi questa capacità, o la subordinassero a particolari condizioni. Ed invero, rispetto agli atti dello stato civile, tra i requisiti voluti nei testimoni, in presenza dei quali quegli atti debbono essere ricevuti, non si annovera punto la qualità di cittadini (art. 351 Cod. civ.); e pei testamenti è ammesso espressamente che anche gli stranieri possano essere testimoni, purchè *risiedano nel regno* (articolo 788 Cod. civ.).

3° Un'ultima e importantissima differenza tra il cittadino e lo straniero consiste in ciò, che quest'ultimo, sebbene partecipe del godimento dei diritti civili presso noi, è però sempre soggetto alle leggi della nazione a cui appartiene, per tutto ciò che riguarda il suo stato e la sua capacità personale (art. 6 *dispos. prelim.*). E da questo deriva necessariamente che una parte considerevole e importantissima dei diritti civili ammessi e regolati dalle nostre leggi, possano non spettare agli stranieri, od essere regolati per loro da altri principii, essere soggetti ad altre condizioni, essere diversi nei loro effetti. Così, per esempio, il diritto di contrarre matrimonio ad una certa età, o con persona parente in un determinato grado, o non ostante la tale o tal'altra circostanza; il diritto di riconoscere o legittimare i figli nati fuori di matrimonio; quello di adottare; quello di patria podestà con tutti gli attributi che ne dipendono; quello di agire come persona pienamente capace quando si è raggiunta l'età maggiore, ecc., sono fuor di dubbio *diritti civili;* ma pure questi diritti possono essere assai diversi pel cittadino e per lo straniero, possono competere all'uno ed essere negati all'altro, od essere regolati differentemente quanto alle condizioni di loro esistenza ed ai loro effetti legali.

Ed anche pei diritti civili, che lo straniero gode come sono regolati dalle nostre leggi, perchè non riguardano lo stato e la capacità sua, l'esercizio personale di tali diritti non potrà però competergli fuorchè quando abbia raggiunta la maggiore età secondo le leggi della nazione

a cui appartiene, non già quando abbia raggiunta quella età, alla quale sarebbe maggiorenne se fosse cittadino italiano.

CAPO II.

Della cittadinanza.

Sommario. — 39. Oggetto e partizione di questo Capo.

39. Dalle cose esposte superiormente risulta manifesto che lo stato di cittadinanza non sarebbe esattamente qualificato considerandolo unicamente come fonte dei diritti civili, mentre anzi il godimento di questi è comune, secondo la nostra legge, anche agli stranieri.

Lo stato di cittadinanza attribuisce alle persone che ne sono investite la capacità dei diritti civili, e politici insieme, quando per questi ultimi concorrano le altre condizioni stabilite dalla legge; e sotto questo aspetto può dirsi che la cittadinanza si attiene anzi principalmente all'ordine politico. Perciò, più che nel codice civile, sarebbe nello statuto, o in una legge speciale, che troverebbero sede appropriata le disposizioni relative all'acquisto e alla perdita della cittadinanza. Ma l'esserne taciuto affatto nello statuto, la mancanza di una legge speciale che vi provveda, la necessità, anche nei rapporti di diritto puramente privato, di pur determinare a chi spettasse la qualità di cittadino, e come questo stato potesse essere acquistato o perduto, non foss'altro per offrire la base necessaria all'applicazione della massima sancita nell'articolo 6 delle disposizioni generali, per conoscere cioè di quali persone lo stato, la capacità ed i rapporti di famiglia dovessero regolarsi colle nostre leggi; tutto questo determinò i compilatori del codice civile italiano a cominciarlo col titolo della cittadinanza, premettendo le

poche disposizioni relative al godimento dei diritti civili, il quale appartiene veramente in modo principale e diretto al codice stesso (1).

In questa materia si riducono a due principalmente le ricerche che abbiamo a fare; come si acquisti la cittadinanza, e come possano perderla coloro che l'abbiano acquistata. Di questi argomenti ci occuperemo in separate sezioni.

SEZIONE I.

DEI MODI DI ACQUISTO DELLA CITTADINANZA.

Sommario. — 40. Considerazioni generali sui modi di acquisto della cittadinanza. — Distinzione tra cittadinanza originaria ed acquisita.

40. Intorno agli elementi, da cui si possa desumere se una persona abbia o non abbia la qualità di cittadino, è certo, innanzi tutto, doversi eliminare l'idea ch'essi consistano esclusivamente nella località in cui la nascita della persona sia avvenuta. Questa idea non potrebbe accordarsi se non coll'altra, manifestamente assurda, che le persone fossero quasi accessorie al suolo dove respirano le prime aure di vita, e cadessero perciò sotto l'impero della medesima autorità dello stato. I vincoli nascenti da naturale affezione, dalle relazioni di famiglia e d'interessi, dai costumi civili, sono i soli che possano giustificare l'attribuzione della cittadinanza d'uno piuttosto che d'altro stato ad una persona. E se fra questi elementi, alcuno può subire qualche influenza anche dalla località della nascita, non però può essa considerarsi mai come elemento predominante, e molto meno esclusivo. Può darsi che fra le diverse cause atte a determinare se ad una persona debbasi o no attribuire la qualità di cittadino,

(1) V, *Relazione* della Commissione del Senato, p. 12.

nasca talvolta un certo conflitto; come quando, taluno appartenendo a famiglia un tempo cittadina, il padre suo abbia però perduta questa qualità prima della nascita del figlio, ed abbia troncate le relazioni d'interesse che aveva nello stato, per assumerle nello stato estero, di cui è divenuto cittadino; o quando tale altro, appartenendo a famiglia straniera, sia però nato nel territorio dello stato da genitore che da lungo tempo vi abbia fissato il domicilio, e trasferita quindi la sede dei suoi interessi. Il dubbio, che sorge in tali casi, non può essere sciolto fuorchè dalla disposizione della legge; la quale stabilisca, sulla base delle più naturali presunzioni, quali degli elementi pugnanti fra loro siano quelli che debbano riguardarsi come preponderanti, e se quindi debbasi o no attribuire la cittadinanza alla persona. Non si può disconoscere però come in tali dubbiezze sia saggio il conceder molto all'espressione, che la persona medesima faccia, della sua volontà d'essere cittadina o straniera; poichè a ciò non potrà essere naturalmente determinata che dalla preponderanza dei suoi interessi materiali e morali, dalle sue affezioni; al che appunto si riduce poi, come fu osservato, tutto il fondamento su cui è stabilita l'attribuzione della qualità di cittadino. — Tali sembrano le principali idee che formano base di tutto il sistema delle disposizioni del codice nostro relativamente all'acquisto della cittadinanza; in parecchie delle quali disposizioni vedremo spiccare singolarmente il predominio, che si volle concedere alla volontà individuale.

La cittadinanza può essere *originaria* od *acquisita;* o in altri termini, si può avere la qualità di cittadino *per diritto di nascita*, o *per beneficio di legge dipendente da avvenimenti posteriori alla nascita.*

§ I. — Della cittadinanza per diritto di nascita.

Sommario. — 41. Elementi da cui si può desumere la cittadinanza per diritto di nascita.

41. La cittadinanza per diritto di nascita si può desumere dalla relazione di figliazione, cioè dalla condizione dei genitori, ovvero dal luogo in cui la nascita sia avvenuta. Quando l'applicazione dell'uno o dell'altro di questi elementi darebbe in un determinato caso un risultato opposto, perchè il figlio di un cittadino sia nato in paese estero, o il figlio di uno straniero sia nato nel regno, è naturale che sia preferito il sistema che fa derivare la cittadinanza dalla condizione dei genitori, anzichè l'altro che la faccia derivare dal luogo in cui la nascita sia accidentalmente avvenuta; poichè quel sistema è — come già notammo — il più razionale. È necessario che ognuno, fin dall'istante del suo nascere, abbia una patria. A quella dei suoi genitori egli è legato da vincoli di naturale affezione, dalle relazioni di famiglia, d'interessi e di costumi. È questo dunque principale e necessario elemento a determinare l'attribuzione della cittadinanza. Ma vi è caso in cui quel principale elemento manca; ed è quando si tratti del *figlio di genitori ignoti*. Allora diventa, più che ragionevole, necessario ricorrere all'altro elemento del luogo di nascita. Inoltre vi hanno casi in cui, per la condizione dei genitori dai quali, è nato, taluno dovrebb'essere straniero, ma essendo la nascita avvenuta nel regno, concorrono anche altre circostanze dalle quali derivano relazioni bastevoli a giustificare l'attribuzione della qualità di cittadino.

Così abbiamo tre elementi distinti, da cui può derivare la cittadinanza per diritto di nascita:

1° la condizione dei genitori;

2° il luogo della nascita;

3° il luogo della nascita, col concorso di altre circostanze.

In altrettante parti divideremo quindi le nostre ricerche su questo argomento.

A

Della cittadinanza che si desume dalla condizione dei genitori.

Sommario. — 42. Da quale tra i due genitori il figlio tragga il proprio stato di cittadinanza. — 43. A qual tempo debbasi avere riguardo nel determinare la nazionalità del figlio.

42. Fermato il principio che i figli debbano seguire la cittadinanza dei loro genitori, l'applicazione non può incontrare veruna difficoltà allorchè questi abbiano amendue la medesima nazionalità. Cittadini, essi comunicheranno questa qualità ai propri figli; stranieri, faranno essere tali anche questi. Ma può avvenire, al contrario, che l'uno dei genitori abbia una patria diversa dall'altro. Ciò si verificherà più spesso in casi di figliazione naturale, ma talvolta anche in quelli di figliazione legittima; perchè, per esempio, la moglie di uno straniero naturalizzato in Italia, non sia però divenuta cittadina italiana, per non avere fissata anch'essa la residenza nel regno (art. 10, § 4° Cod. civ.), o perchè la moglie di colui che ha perduto la cittadinanza sia nondimeno rimasta cittadina avendo continuato a tenere la propria residenza in Italia (art. 11, primo al.). Di quale dei due genitori dovrà in tali casi essere seguìta la nazionalità dai figli? Colla nostra legislazione, è facile dimostrare che essi dovranno trarre il proprio stato da quello del padre; cittadini con lui, quand'anche la madre sia straniera; stranieri, s'egli è tale, sebbene la madre abbia la qualità di cittadina. Si tratta di figliazione legittima? Il padre è capo della famiglia, è da lui che viene trasmesso ai figli il cognome per perpetuarlo; la patria podestà civile, quantunque attribuita ad amendue i genitori, è però esercitata, durante il matrimonio, a preferenza dal padre (art. 131, 220 Cod. civ.). È dunque naturale che sia pure il padre che

trasmetta la propria nazionalità ai figli. Si tratta di figliazione naturale? I genitori non hanno patria podestà, ma hanno la tutela legale dei figli durante la minore età. Tuttavia questa tutela conferisce attribuzioni perfettamente uguali a quelle della patria podestà in ciò che concerne l'autorità sulle persone dei figli e l'amministrazione dei loro beni. E l'autorità del padre prevale ancora su quella della madre, come si manifesta nell'atto importantissimo del consenso al matrimonio dei figli, che basta sia prestato dal padre, quando i genitori siano discordi. Oltre a ciò è il nome di famiglia del padre, che viene assunto dai figli naturali riconosciuti da amendue i genitori (art. 63, 66, 184, 185 Cod. civ.). È dunque giustificato anche qui, che a preferenza del padre sia trasmessa la propria nazionalità ai figli naturali.

Veramente, a conclusione opposta ci condurrebbero gli antichi principii, secondo i quali i figli nati fuori di matrimonio seguivano sempre la condizione della madre, quand'anche il padre fosse conosciuto (LL. 19, 24, ff. *De statu hominum*). Ma ciò dipendeva dal sistema, pel quale in diritto romano la figliazione naturale non produceva tra il padre ed il figlio nessun vincolo civile, nessun rapporto di patria podestà. Ora, sono ben differenti gli effetti derivanti secondo la nostra legge dalla figliazione naturale; la quale produce tra padre e figlio rapporti importantissimi, e prevalenti anche a quelli che legano il figlio alla madre.

Oltre a ciò il principio, di cui teoricamente cercammo di dimostrare il fondamento, è poi confermato dal codice, che stabilisce le seguenti massime: " È cittadino il figlio di " padre cittadino (art. 4). Quando il padre sia *ignoto* è cit- " tadino il figlio nato da madre cittadina „ (art. 7, § 1°). Ravvicinando queste due disposizioni, ne risulta infatti evidente il concetto del legislatore, che il figlio debba seguire la cittadinanza del padre, senza distinguere se si tratti di figliazione legittima, o naturale soltanto, qualora questa sia stata legalmente riconosciuta, e che il solo caso di eccezione, in cui possa assumersi la cittadinanza della madre,

sia quello che *il padre sia ignoto,* cioè non si tratti di figliazione legittima (159 Cod. civ.), nè di figliazione naturale, in cui sia riconosciuta o giudizialmente dichiarata la paternità (art. 179, 189 Cod. civ.).

In diritto francese gli autori erano pure quasi tutti d'accordo nel ritenere la massima che *il figlio legittimo dovesse sempre seguire la condizione del padre.* Un autorevole contraddittore sorse però ultimamente a sostenere che il figlio legittimo, i cui genitori fossero l'uno francese, l'altro straniero, avesse il diritto di scegliere tra l'una e l'altra nazionalità (1). Non entreremo a discutere particolarmente gli argomenti addotti — i quali però non parrebbero inconfutabili — ma ci limiteremo ad osservare, ch'essi si fondano sul testo del codice Napoleone, da cui era attribuita la qualità di francese al *figlio nato da un francese;* parole queste, che potevano riferirsi tanto al padre che alla madre; e non vi era disposizione, la quale stabilisse chiaramente — come fu fatto nei citati articoli 4 e 7 del nostro codice — che il figlio dovesse desumere la propria cittadinanza da quella *del padre,* e solo quando questi fosse *ignoto,* la prendesse *dalla madre.*

Quanto ai figli naturali, riconosciuti da amendue i genitori appartenenti a nazioni diverse, era ancora opinione professata dal maggior numero degli autori, che quei figli dovessero seguire la nazionalità del padre (2); altri però pensavano doversi determinare la cittadinanza dei figli secondo quella della madre (3); altri infine sostenevano spettare al figlio la scelta tra le due nazionalità diverse dei suoi genitori (4). Anche qui stimiamo inutile esaminare gli argomenti, a cui si appoggiavano queste due ultime opinioni.

---

(1) V. Laurent, t. I, n. 326.

(2) V. Toullier, t. I, n. 259, 260; Magnin, *Tr. des minorités,* t. I, n. 216; Vallette sur Proudhon, *Tr. sur l'état des personnes,* t. I, chap. IX, sect. I, *obs.,* p. 122; Demolombe, t. I, n. 149; Aubry e Rau, t. I, § 69, nª 4.

(3) V. Duranton, t. I, n. 124, 125.

(4) V. Richelot, *Principes du droit civil français,* t. I, n. 66; Laurent, t. I, n. 301.

La prima, confortata anche da più numerose autorità, ci sembra evidentemente la sola che possa essere accettabile nel diritto nostro, a fronte del testo degli articoli 4 e 7 del codice civile, che senza distinguere tra figliazione legittima e naturale, attribuiscono al figlio la nazionalità *del padre*, e si riferiscono a quella della madre nel solo caso che *il padre sia ignoto*.

Dalla stessa generalità delle riferite disposizioni degli articoli 4 e 7 risulta eziandio, che le regole ivi espresse sono applicabili senza distinguere se la cittadinanza del genitore sia originaria od acquisita, e per qual causa; se, trattandosi di figliazione naturale, sia stata riconosciuta volontariamente dal genitore, o dichiarata giudizialmente nei casi ammessi dalla legge; se il figlio sia nato nel territorio dello stato o in paese straniero. Sarà cittadino il figlio naturale di padre cittadino, tanto se sia stato riconosciuto da lui, quanto se la paternità sia stata dichiarata giudizialmente in uno dei casi nei quali ne è ammessa la ricerca, nei casi cioè di ratto o di stupro violento, di cui il tempo coincida con quello del concepimento (art. 189 Cod. civ.). Sarà cittadino il figlio naturale di madre cittadina, quando il padre sia ignoto, tanto se la maternità risulti da riconoscimento volontario, quanto se da sentenza proferita sull'azione intentata dal figlio per reclamare la maternità; alla quale ricerca egli è sempre ammesso dalla legge (art. 190 Cod. civ.). Ma se si trattasse di *figliazione adulterina* o *incestuosa*, essendone vietato tanto il riconoscimento volontario (art. 180 Cod. civ.), che la ricerca giudiziale (art. 193 Cod. civ.); quand'anche la paternità o la maternità fosse constatata in fatto, non potrebbe però considerarsi come esistente legalmente, nè potrebbe derivarne altro effetto giuridico che quello ammesso dal citato articolo 193 e dal 752, di far luogo cioè all'azione del figlio per ottenere gli alimenti dal genitore illegittimo, e dopo lui dai suoi eredi. Pertanto non risulterebbe nemmeno l'effetto di comunicare al figlio lo stato di cittadinanza, di cui godesse il genitore illegittimo;

e quel figlio dovrebbe parificarsi in tale rapporto a chi fosse nato da genitori ignoti (1).

Codesta massima fu infatti esplicitamente ritenuta dalla commissione legislativa discutendo sull'art. 7 del codice. Uno dei commissari aveva proposto di modificare la dizione del corrispondente articolo del progetto senatorio, nel senso di attribuire al figlio la cittadinanza della madre anche nel caso che il padre non fosse veramente *ignoto*, ma la paternità — non riconoscibile legalmente, per la qualità adulterina od incestuosa della figliazione — risultasse però da uno degli altri mezzi previsti nell'articolo 205 del progetto medesimo, che fu poi riprodotto nell'art. 193 del codice attuale. Se non che altri osservarono:

" Che siccome l'art. 205 (193 del codice) non di-
" stingue tra il padre e la madre di questo figlio, nè dà
" all'uno, sia quanto al riconoscimento, sia quanto all'ob-
" bligo degli alimenti, maggiori o diversi diritti o doveri
" dell'altro, non è conveniente di adottare in quanto alla
" cittadinanza del figlio naturale, che è in tale condizione,
" la massima ch'egli debba seguire la nazionalità della
" madre; la quale per questo effetto, agli occhi del legis-
" latore, è e dev'essere altrettanto ignota quanto il padre ".

Per tali considerazioni questi ultimi opinanti proposero, che anche il figlio, del quale fosse vietato il riconoscimento legale, fosse da parificarsi a quello *nato da genitori ignoti* — quantunque la paternità o la maternità constasse in fatto, per uno dei mezzi contemplati nel detto articolo 205 — e *la cittadinanza di quel figlio si facesse quindi dipendere unicamente dal luogo della nascita di lui.* La commissione unanime adottò tale proposta, riserbandosi di concretare poi in quel senso la redazione dell'art. 7 del progetto (2).

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, 2ª ediz., lib. I, n. 17; Ricci, *Corso teor. prat. di dir. civ.*, vol. I, n. 17.

(2) V. *Proc. verb.*, n. 4, § VI, pag. 50.

Quindi è che nella prima parte del corrispondente articolo 7 del codice, ov'è detto che " quando il padre sia ignoto, " è cittadino il figlio nato da madre cittadina „ non si è inteso di comprendere il caso di una figliazione di cui sia vietato il riconoscimento legale e la dichiarazione giudiziale, secondo gli articoli 180 e 193; al qual caso si è voluto invece rendere applicabile l'ultima disposizione dello stesso articolo 7, riguardando il figlio come cittadino solamente quando sia *nato nel regno;* perchè, quando pure la madre od anche il padre siano di fatto conosciuti per uno dei mezzi previsti nel detto articolo 193, e per l'effetto del diritto del figlio agli alimenti, per tutt'altri effetti però è da riguardarsi legalmente come ignota la maternità, non meno che la paternità.

Il figlio di padre cittadino, o di madre cittadina, se il padre sia ignoto, godrà esso pure della cittadinanza nonostante che sia nato in paese estero; come il figlio di uno straniero, o di una straniera, quando il padre non sia legamente conosciuto, sarebbe straniero, sebbene nascesse nel territorio dello stato; salvo l'essere riputato cittadino nel caso speciale contemplato dall'art. 8, § 1°, od il potere eleggere la qualità di cittadino, a tenore dell'ultimo § del medesimo articolo.

43. Il tempo a cui è da aversi riguardo per determinare la cittadinanza d'origine d'una persona, dovrebbe, giusta i principii teorici, essere diverso secondo che la persona medesima traesse il proprio stato da quello del padre, o da quello della madre. Nel primo caso avrebbesi a considerare lo stato che il padre aveva al tempo del concepimento del figlio; nel secondo quello che aveva la madre al tempo della nascita di lui: " *Regula juris hoc continet, ut qui* " *legitime concipiuntur, tempore conceptionis statum sumant:* " *qui vero non de legitimo matrimonio concipiuntur, statum* " *sumant eo tempore quo nascuntur* „. (*Caji Inst.*, lib. I, tit. IV, § 10). Questa distinzione è conforme invero alla natura delle cose; poichè dall'istante del concepimento, l'esistenza del

figlio è perfettamente distinta e indipendente da quella del padre, mentre dopo quel momento e fino alla nascita, tutt'altro che avere una vita propria, distinta da quella della madre, il figlio ha con lei quasi una sola esistenza. Quando pertanto il figlio segue la condizione del padre, dovrebbe assumerla all'istante del concepimento. Nè a questo osterebbe la considerazione che chi è concepito, ma non ancora nato, non è persona; poichè ciò non impedisce che essendo col concepimento già iniziata la vita, sia trasfuso contemporaneamente dal padre a questo essere, non ancora perfetto, ma reso immediatamente indipendente da lui, il germe di quella qualità futura ch'egli rivestirà al momento della nascita. Nè ciò avviene solo in riguardo allo stato di cittadinanza. Così chi è concepito in costanza di legittimo matrimonio, nasce legittimo, sebbene al momento della sua nascita il matrimonio sia sciolto per la morte avvenuta del marito; e quanto alla cittadinanza stessa, non sembra da porre in dubbio che il figlio postumo di un cittadino nascerebbe cittadino egli pure, il che suppone che questa qualità gli sia stata comunicata dal padre col concepimento, non all'istante della nascita, quando il padre non è più.

Rimarrebbe, pel caso in cui sia da determinarsi la condizione del figlio secondo quella del padre, la difficoltà di stabilire quando possa reputarsi avvenuto il concepimento. Ma a ciò supplirebbe l'applicazione per analogia della regola stabilita circa il tempo presunto del concepimento, relativamente alla legittimità. La legge presume che la gestazione non possa durare meno di 180 giorni, nè più di 300 (art. 160, 162, 163 Cod. civ.). Ed è questa una regola di apprezzamento, adottabile eziandio per la determinazione della qualità del figlio in ordine alla cittadinanza. Se nel tempo decorso dal trecentesimo al centottantesimo giorno avanti la nascita del figlio, il padre avesse avuta la cittadinanza, ancorchè fosse stato straniero prima che cominciasse il trecentesimo giorno predetto, ed avesse perduta di nuovo la cittadinanza dopo il centottantesimo, potrebbe

ritenersi concepito il figlio mentre il padre era cittadino. Se, all'opposto, durante tutto quel periodo dei 120 giorni, tra il 300mo ed il 180mo avanti la nascita del figlio, il padre fosse stato straniero, dovrebbesi ritenere tale anche il figlio medesimo (1).

Tutto ciò parrebbe abbastanza sicuro in teoria. Ma la questione è poi da risolversi secondo il diritto positivo; e gli interpreti del codice francese erano tutt'altro che concordi intorno a questo punto.

Alcuni ammettevano in massima la distinzione sopra cennata, ritenendo che qualora la condizione del figlio dovesse determinarsi secondo quella del padre, bisognasse riferirsi al tempo del concepimento, e quando invece il figlio avesse a seguire la condizione della madre, fosse al tempo della nascita di lui, che si dovesse avere riguardo. Ma, stabilito così il principio, lo reputavano poi suscettibile di eccezioni; nel determinare le quali non si trovavano d'accordo. Vi era chi voleva esclusa qualunque limitazione alla predetta regola nella determinazione dello stato del figlio desunta da quello del padre; ma, qualora il figlio seguisse invece la condizione della madre, mantenuto fermo il principio che si dovesse riferirsi al *tempo della nascita*, vi ammetteva però un'eccezione di favore pel figlio stesso; al quale fosse da applicarsi il benefizio della massima: “ *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ipsius partus quaeritur* „ (L. 7, ff. *De statu hominum*), se la madre, straniera al tempo della nascita del figlio, avesse avuta la qualità di francese durante la gestazione (2). Vi era chi estendeva la stessa eccezione anche al caso che il figlio prendesse la nazionalità dal padre; e diceva, che, in rispetto alla madre, il figlio doveva bensì regolare il proprio stato su quello di lei al tempo del parto, ma se, per ottenere la qualità di francese, gli gio-

(1) V. Duranton, t. I, n. 128; Demolombe, t. I, n. 151, 2°.
(2) V. Marcadé, art. 8, § III, t. I, n. 109-111.

vava riportarsi al tempo del concepimento, era da farsi luogo a tal uopo alla finzione giuridica che parifica il concepimento alla nascita; che poi, rispettivamente al padre, il figlio doveva bensì, di regola, seguire la condizione che questi aveva al tempo del concepimento, ma se il padre, allora straniero, avesse ottenuta la naturalità francese prima della nascita del figlio, questo pure sarebbe nato francese, non potendosi ritorcere in suo danno la finzione favorevole, che lo fa considerare come già nato tostochè fu concepito (1).

Secondo un'altra opinione, tanto nel caso che lo stato del figlio si determinasse da quello del padre, quanto da quello della madre, sarebbe sempre *all'istante del concepimento*, ch'essi gli comunicherebbero la nazionalità francese; della quale perciò non potrebbe rimanere privato il figlio per la circostanza, che prima della sua nascita i genitori fossero divenuti stranieri; ma se i genitori, stranieri quando il figlio fu concepito, fossero stati naturalizzati prima che nascesse, egli pure dovrebbe considerarsi francese, per la ragione sopra avvertita, che la massima “ *Infans conceptus pro nato habetur* „ non può ritorcersi a danno del figlio, in cui solo favore è stata introdotta (2).

Una terza teoria parte da un principio opposto; dal principio, cioè, che *sia sempre il momento della nascita*, a cui debbasi avere riguardo nel determinare lo stato di cittadinanza del figlio, sia poi che la desuma da quello della madre o da quello del padre; giacchè — si dice — trattasi in ogni caso d'un diritto, che il figlio invoca, e niuno può aver diritti a reclamare prima d'essere nato. Se non che, poi, anche in questa opinione si ammette, che qualora il figlio abbia interesse a reclamare la nazionalità diversa, che al tempo del suo concepimento spettasse al

---

(1) V. Demolombe, t. I, n. 151.
(2) V. Aubry e Rau, t. I, § 69, n° 2 e 3.

genitore, possa invocare la massima " *Infans conceptus pro nato habetur* „. Solo, a differenza delle opinioni precedentemente riferite, non si ritiene che la nazionalità avuta dal genitore al tempo del concepimento del figlio, sia da attribuirsi a questo di pien diritto; ma si reputa invece che il figlio abbia in tal caso la facoltà di scegliere fra le due nazionalità, tra quella, cioè, che gli appartiene per diritto e in via di regola, secondo lo stato del suo genitore al tempo della nascita, e l'altra che può reclamare in via di eccezione, invocando il favore della finzione, che pareggia il concepimento alla nascita, secondo lo stato del genitore al tempo in cui il figlio fu concepito (1).

Vi sono pure altri autori, che senza occuparsi di discutere la questione, se sia il tempo del concepimento, o quello della nascita, a cui debbasi avere riguardo per determinare lo stato di cittadinanza del figlio, e se in proposito sia da farsi, o no, distinzione tra il caso in cui tale stato abbiasi a derivare da quello del padre, e l'altro in cui debbasi desumere da quello della madre, professano nondimeno il principio che " Sono francesi di pien diritto, in virtù della " loro nascita, i figli nati da genitori francesi, tanto se essi " avessero tale qualità al tempo del concepimento, quanto " se l'avessero al tempo del parto; *potendosi almeno ammet-* " *tere ciò per favore ai figli* (2).

Ci limiteremo alla semplice esposizione, che abbiamo fatta, delle varie opinioni manifestatesi intorno a questo punto nella dottrina francese, astenendoci dalle non poche osservazioni, a cui potrebbero dar luogo gli argomenti sui quali ciascuna di quelle teoriche si fonda; perchè ci siamo proposti di occuparci ora unicamente del diritto positivo nostro nella materia controversa, e ci sembra che alcune

---

(1) V. Richelot, *Principes du dr. civ. franc.*, t. I, n. 65, n. 16; Laurent, t. I, n. 327.

(2) V. Zachariæ, t. I, § 69, nª 1; Duranton, t. I, n. 128.

disposizioni del codice italiano offrano mezzi chiari e decisivi per risolvere la questione.

Coloro, che in diritto francese ritenevano doversi avere riguardo al momento della nascita, non a quello del concepimento del figlio, per determinarne la nazionalità, si fondavano principalmente sui testi; che dicevano presupporre quella massima, poichè si riferivano sempre esclusivamente *alla nascita* del figlio, senza accennare mai al concepimento. L'articolo 9 parlava infatti di " qualunque " individuo *nato* in Francia da uno straniero „; l'articolo 10 di " qualunque figlio *nato* da un francese in paese stra- " niero „ e di " qualunque figlio *nato* in paese straniero " da un francese, il quale abbia perduta la qualità di fran- " cese „. Lo stesso argomento potrebbe ripetersi pel codice nostro, il quale pure in tutte le disposizioni relative alla cittadinanza d'origine (art. 4 al 7) ha sempre parlato unicamente della *nascita* del figlio. Ma se non fosse che questo solo riflesso, non sapremmo, per verità, farvi gran fondamento; parendoci abbastanza persuasiva la risposta data dagli autori di opinione contraria, che la parola *nato* fu adoperata in quelle disposizioni come sinonimo della parola *generato*, per indicare il rapporto di figliazione con un francese, o con chi abbia perduta una tale qualità, ma non collo scopo di determinare precisamente il momento a cui si debba attendere per stabilire la nazionalità del figlio (1).

Se non che nel codice italiano vi sono disposizioni, le quali dimostrano evidente — per quanto ne pare a noi — la intenzione del legislatore di attribuire al figlio lo stato di cittadinanza, che il padre di lui, o la madre, qualora il padre sia ignoto, abbiano al momento della nascita del figlio stesso, esclusa ogni considerazione del tempo del concepimento.

L'articolo 5 dichiara che " Se il padre ha perduta la " cittadinanza *prima del nascimento del figlio*, questi è repu-

(1) V. Demolombe, Aubry e Rau, loc. cit.

" tato cittadino, ove sia nato nel regno e vi abbia la sua " residenza „ salvochè può eleggere la qualità di straniero entro il termine e nei modi determinati nel § 2° del medesimo articolo.

L'articolo 6 parimente stabilisce, che " il figlio nato in " paese estero da padre che ha perduta la cittadinanza " *prima del suo nascimento*, è reputato straniero „, ma può eleggere la qualità di cittadino sotto le condizioni accennate nel successivo paragrafo, ed è senz'altro reputato cittadino nei casi previsti nel § 3°.

L'articolo 7 — riguardante la cittadinanza che il figlio trae dalla madre, quando il padre sia ignoto, — dice che " Ove la madre abbia perduta la cittadinanza *prima del* " *nascimento del figlio*, si applicano a questo le disposizioni " dei due articoli precedenti „.

Ora, nel parlare di cittadinanza perduta *prima del nascimento del figlio*, vi si comprende evidentemente anche il caso che tale perdita sia avvenuta durante l'intervallo tra il concepimento e la nascita; e se il padre, cittadino al tempo in cui il figlio fu concepito, sia divenuto straniero prima che il figlio sia nato, questi non avrà dunque la cittadinanza per diritto di nascita in applicazione dell'art. 4, ma sarà reputato cittadino, o straniero, secondo la distinzione recata dagli articoli 5 e 6, e sotto le condizioni e colle limitazioni ivi espresse. L'art. 4 sarà solo applicabile qualora il padre abbia la cittadinanza *al tempo del nascimento del figlio.* È dunque evidente la inconciliabilità delle accennate disposizioni, colla massima che la nazionalità del figlio si determini senz'altro secondo lo stato che il padre abbia avuto al tempo in cui quegli fu concepito; è evidente che dichiarando nell'art. 4 *essere cittadino il figlio di padre cittadino*, si è voluto riferirsi all'istante della nascita, non a quello del concepimento. E del pari nell'art. 7, ciò che è detto, dell'*essere cittadino il figlio di madre cittadina*, *quando il padre sia ignoto*, si riferisce indubbiamente al momento della nascita, sebbene col se-

condo paragrafo del medesimo articolo si ammetta poi, che qualora la madre abbia perduta la cittadinanza prima del nascimento del figlio — e quindi anche quando l'abbia perduta durante l'intervallo tra il concepimento e la nascita di lui — possa il figlio medesimo essere reputato cittadino, o divenirlo, nei casi e secondo le distinzioni dei due precedenti articoli.

Tali sono le risultanze, a creder nostro incontestabili, del testo. Sono esse poi veramente conformi ai principii? Può dubitarsene, per le ragioni dimostrate al cominciare di questo numero; parendo forse più razionale, che quando il figlio dovesse desumere la propria nazionalità da quella del padre, si avesse riguardo allo stato che questi aveva al tempo in cui il figlio fu concepito, anzichè a quello in cui nacque. Nè farebbe ostacolo la obbiezione, che "si "tratta di un diritto del figlio, nè può egli avere diritti "prima di essere nato„ (1). Non si tratta già d'invocare lo stato di cittadinanza a favore del figlio, come un diritto ch'egli abbia acquistato prima ancora di esistere, ma soltanto di determinare con quale nazionalità il figlio sia nato. Se la cittadinanza fosse un diritto che il padre conferisse al figlio, sarebbe giusta l'osservazione, che quegli non potrebbe trasmettergli, nè questi acquistare un diritto prima che fosse un essere avente esistenza propria. Ma è la legge sola, che attribuisce la cittadinanza; e la legge potrebbe determinarla avendo riguardo allo stato che il padre aveva allorchè il figlio fu concepito, senza mettersi punto in opposizione col principio generale, che niuno possa avere diritti da reclamare prima di esistere.

Ad ogni modo, non si può disconoscere che l'avere il nostro legislatore adottata la massima di considerare sempre il tempo della nascita, per la determinazione della cittadinanza originaria d'una persona, presenta i vantaggi dell'uniformità nella base di tale determinazione, e di evi-

---

(1) V. Laurent, loc. cit.

tare ogni dubbio circa la definizione del tempo del concepimento.

Le stesse considerazioni esposte sopra valgono pure per dover escludere che secondo la legislazione nostra possa ammettersi, in via di eccezione a favore del figlio, l'applicazione della massima " *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de ejus commodis agitur* „ al fine di attribuirgli la cittadinanza, che il padre o la madre sua abbiano avuto al tempo del concepimento, ma che abbiano perduta prima della nascita di lui.

Stabilito una volta che la nazionalità del figlio debba determinarsi secondo lo stato del genitore — padre o madre che sia — al tempo della nascita di quello, non sapremmo ammettere tanto facilmente che si potesse fare a quella regola una eccezione di favore, applicando la massima che il concepimento debba equipararsi alla nascita, quando ciò giovi al figlio. Una tal massima non si trova formulata nel codice come principio generale; nè in questo titolo della cittadinanza vi si fa riferimento alcuno. La troviamo bensì ammessa in materia di capacità a succedere, ed a ricevere per testamento o per donazione (art. 723, 724 § 1°, 764, 1053 Cod. civ.); ma per una *finzione giuridica*, la quale di natura sua non è suscettibile di estensione da caso a caso. Si è cercato di rispondere a questa obbiezione dicendo, che collo stabilire una tale finzione per le successioni e le donazioni, si è venuto a riconoscere ch'essa ha un fondamento razionale, il quale poi non è particolare alle successioni e alle donazioni, ma è generale per tutti i casi in cui il figlio abbia interesse ad essere considerato come già nato, quantunque solamente concepito (1). E sia pure; ma tutto ciò che si potrà conchiuderne, sarà l'esistenza di motivi sufficienti per riguardare come già nato il figlio solamente concepito, anche allo scopo di determinarne la cittadinanza d'origine. Basta forse l'esistenza di congrui motivi per au-

---

(1) V. Laurent, loc. cit.

torizzare l'interprete ad estendere una finzione di diritto? Non verrebbe egli con ciò ad usurpare le funzioni del legislatore? Si è aggiunto, che " se la legge permette al figlio " d'invocare il tempo del suo concepimento quando si tratta " di semplici interessi pecuniari, a maggior ragione glielo " deve permettere quando si tratta del sommo degl'inte- " ressi, quello della nazionalità „. Ma questo pure è un argomento che può volgersi al legislatore, anzichè aver valore per chi ha la sola missione d'interpretarne ed applicarne le disposizioni quali sono.

Se non che poi prescindendo anche da tutto ciò, sembra manifesta la resistenza invincibile, che oppongono a questa teorica i testi del nostro codice. Essi ci dicono che quando il padre *ha perduta la cittadinanza prima del nascimento del figlio* — ancorchè, quindi, fosse tuttora cittadino quando questi fu concepito — il figlio non nasce veramente cittadino, ma solo *si reputa tale, purchè sia nato nel regno, e vi abbia residenza*, e si reputa invece straniero se nasce in paese estero; lo stesso ci dicono pel caso che, essendo ignoto il padre, la madre *abbia perduta la cittadinanza prima del nascimento del figlio*. Ora, se il figlio nato da padre divenuto straniero dopo che il figlio stesso era già concepito, potesse invocare la massima " *Infans conceptus pro nato habetur* „, egli sarebbe cittadino per diritto di nascita, in virtù dell'art. 4; cittadino, quand'anche fosse nato in paese estero, quand'anche non risiedesse nel regno; ciò che verrebbe in diretta opposizione colla espressa disposizione della legge.

Tanto meno poi potrebbe ammettersi la teoria, che attribuirebbe al figlio la facoltà di scegliere tra la nazionalità, che il suo genitore aveva al tempo del concepimento, e quella diversa, che gli spettava al tempo della nascita. A questo proposito ci sembra perentoria la risposta data dai signori Aubry e Rau ai sostenitori di tale opinione. " Quegli " autori — essi dicono — hanno perduto di vista che per " le sole disposizioni della legge, non per la volontà del " figlio, si determina la sua nazionalità d'origine; e che

“ perciò la risoluzione della questione deve cercarsi, non
“ già in una opzione del figlio, o in un interesse, ch'egli
“ faccia valere *in hypothesi*, a fondamento di tale opzione,
“ ma nel suo interesse legalmente presunto *in thesi* „.

Come già osservammo in principio di questo numero, sarebbe difficile conciliare teoricamente ed a rigore di logica la regola adottata nel codice italiano, che lo stato di cittadinanza per origine paterna debba determinarsi in relazione allo stato che il padre aveva al tempo della nascita del figlio, coll'altra massima che il figlio postumo di un cittadino nasca cittadino esso pure. Stabilito il principio, che il figlio debba seguire la condizione che al momento della sua nascita appartiene al genitor suo, dovrebbe derivarne ch'egli nascesse senz'alcuno stato di cittadinanza nel caso di premorienza del padre. Dovremmo pertanto giungere forse a questa conclusione, per coerenza alle disposizioni delle nostre leggi? Ma da un'altra parte ne contrarieremmo manifestamente lo spirito; secondo il quale a nessuno, che nasca nel regno, deve mancare una nazionalità di origine. Se è figlio legittimo, od essendo figlio naturale, è stata legalmente riconosciuta, o giudizialmente dichiarata la paternità, segue la condizione del padre (art. 4 cod. civ.); se il padre non è legalmente conosciuto, il figlio naturale segue la condizione della madre (art. 7, § 1° cod. civ.); se nessuno dei genitori è conosciuto, il fatto della nascita avvenuta nel regno basta ad attribuire lo stato di cittadinanza (art. 7, § 3°). E sarebbe anche un assurdo troppo manifesto e troppo grave il negare una patria al figlio — che pure è legato, per origine e per vincoli di famiglia e d'interessi, alla nazione alla quale appartenne il padre suo — solo perchè esso ebbe la sventura di perderlo prima di nascere. Ovvero dovrebbe ritenersi che in tal caso il figlio seguisse la condizione della madre? Ma a ciò pure si opporrebbero sì la lettera, che i motivi della legge; la lettera, perchè nel solo caso che *il padre sia ignoto* si conferisce al figlio lo stato di cittadinanza della madre (art. 7,

§ 1° cod. civ.); i motivi, perchè la legge attribuisce al figlio la nazionalità paterna, presumendo che ciò sia più conforme agl'interessi di lui; nè questi cangiano perchè nell'intervallo tra il concepimento e la nascita del figlio sia avvenuta la morte del padre; nè perdurando tali interessi, sarebbe congruo l'attribuire invece al figlio la nazionalità diversa, a cui appartenesse la madre sua.

È quindi necessario conchiudere, che sebbene in diritto positivo nostro sia sempre il tempo della nascita d'una persona, quello a cui si deve riferirsi per determinare la nazionalità d'origine della persona stessa, il figlio postumo segue nondimeno la condizione del padre premorto.

La massima, che ci è sembrato risultare palesemente dai testi legislativi in questa materia — cioè, che la nazionalità del figlio debba essere determinata secondo lo stato del genitore al tempo della nascita — è applicabile anche quando l'accertamento della paternità o della maternità, da cui il figlio debba trarre il proprio stato di cittadinanza, dipenda da un atto avvenuto in tempo, nel quale lo stato del genitore fosse diverso.

Così, supposto che un padre naturale abbia riconosciuto il figlio con un atto anteriore alla nascita di lui — come può farsi a tenore dell'articolo 181 del codice civile — per determinare lo stato di questo figlio si guarderà alla condizione del padre nel tempo in cui il figlio è nato, non già a quella ch'egli aveva nel momento del riconoscimento; sicchè se il padre, di cittadino che era a quel tempo, sia divenuto straniero quando il figlio nasce, questi non avrà la cittadinanza d'origine, come se fosse nato da padre cittadino, ma solo sarà applicabile in suo favore la disposizione dell'articolo 5, che contempla il caso in cui il padre abbia perduta la cittadinanza prima del nascimento del figlio. Allo stesso modo, l'applicazione della regola predetta dovrà farsi indistintamente anche all'ipotesi che l'accertamento della paternità o della maternità dipenda da un atto posteriore alla nascita del figlio, il quale

prima di quell'atto avesse uno stato civile diverso. Così se un individuo, nato da genitori ignoti, sia stato più tardi riconosciuto come figlio da una donna cittadina o da una donna straniera; egli sarà, nel primo caso, considerato come cittadino fin dalla nascita, quantunque essendo nato in paese estero fosse prima del riconoscimento ritenuto straniero: nel secondo caso, all'opposto, dovrà riguardarsi come straniero fin dalla nascita, sebbene prima del riconoscimento fosse ritenuto cittadino essendo nato nel regno (art. 7, § ult. cod. civ.). Parimente, e per le stesse ragioni, se un figlio naturale riconosciuto prima dalla madre sola, sia stato poi riconosciuto anche dal padre, si riguarderà come cittadino fin dalla nascita, se questi sia cittadino, sebbene la madre essendo straniera, fosse ritenuto tale anche il figlio finchè il padre non lo riconobbe; e si considererà come straniero fin dalla nascita nel caso opposto.

Non è l'atto di legittimazione o di riconoscimento, non è la sentenza dichiarante la figliazione naturale, che conferisca al figlio lo stato di cittadinanza. La legge sola ne ha il potere; ed essa è, che attribuisce al figlio, sotto certe condizioni e limitazioni, codesto stato, avendo principalmente riguardo alla nazionalità del genitore, nel giorno in cui il figlio nacque. Che importa dunque se l'atto di riconoscimento sia anteriore o posteriore alla nascita del figlio? Che importa se al tempo in cui fu celebrato l'atto di riconoscimento o di legittimazione, o in cui fu pronunciata la sentenza dichiarante la figliazione, il genitore abbia avuto lo stesso stato od uno stato diverso da quello che gli apparteneva nel dì della nascita del figlio? Quell'atto, quella sentenza non formano che i mezzi di accertamento della esistenza in fatto di quei rapporti di paternità o maternità e di filiazione, in base ai quali la legge determina poi l'attribuzione dello stato di cittadinanza al figlio. Essa la determina in relazione al tempo in cui questi è nato; nè dunque è ammissibile che si prenda in considerazione un tempo diverso, sia pur quello nel quale siasi verificato l'accerta-

mento di quei rapporti di filiazione, che la legge assume a fondamento nel determinare lo stato di cittadinanza del figlio. L'atto, che reca un tale accertamento, viene a stabilire nel medesimo tempo che il figlio ebbe per virtù di legge, fin dal giorno in cui nacque, quello stato di cittadinanza, che apparteneva allora al padre suo, od alla madre, se il padre è ignoto (1).

B.

Della cittadinanza che si desume dal luogo della nascita.

Sommario. — 44. In quali casi il luogo della nascita basti da sè ad attribuire la cittadinanza.

44. Quando la persona, di cui si ricerca la nazionalità, non sia nata da legittimo matrimonio, nè sia stata legalmente riconosciuta o giudizialmente dichiarata la paternità o la maternità naturale, quella persona allora è cittadina, se nata nel territorio dello stato, straniera, se nata in paese estero.

Abbiamo già osservato che in mancanza del principale elemento, con cui si può determinare la cittadinanza di una persona, quello cioè della condizione dei genitori di lei, è inevitabile ricorrere all'altro elemento del luogo di nascita (2). E veramente, non potendosi ammettere che una persona rimanga senza patria, solo perchè ebbe la sventura d'essere abbandonata da chi le diede la vita, non vi è d'altronde un diverso criterio per determinare se sia cittadina o straniera, fuor di quello che si può trarre dalla località in cui la nascita avvenne.

Questo criterio poi è manifestamente ragionevole; giacchè nel dubbio, che pur rimane, se il figlio di genitori

---

(1) V. Marcadé, art. 8, § III, t. I, n. 112; Demolombe, t. I, n. 149; Pacifici-Mazzoni, *Istit. di dir. civ. Ital.*, 2ª ediz., lib. I, n. 16 e nota, p. 18.
(2) V. sopra, n. 41.

ignoti sia stato procreato da cittadini o da stranieri, è però naturale il presumere piuttosto che sia nato da genitori cittadini, essendo assai più probabile questo, che il caso contrario. In uno stato la qualità di cittadino è la condizione generale, è la regola; quella di straniero non è che l'eccezione. Ora — come osserva giustamente il Marcadé — “ una eccezione non si può ammettere se non la si “ prova; quando si procede per presunzioni, e in ogni “ caso di dubbio, è sempre la regola che dev'essere applicata „ (1).

Da tali motivi è perfettamente giustificato il principio adottato nell'ultimo paragrafo dell'articolo 7 del codice civile; ove, dopo aver detto che, quando il padre sia ignoto, è cittadino il figlio nato da madre cittadina, si soggiunge che “ Se neppure la madre è conosciuta, è cittadino il figlio nato nel regno „.

È necessario far qui una osservazione importante, alla quale cercammo di conformare i termini con cui fu espressa, in principio di questo numero, la massima stabilita testualmente nell'articolo sopra citato.

L'osservazione è questa; che quando nell'articolo predetto si parla di *padre ignoto*, e di *madre sconosciuta*, s'intende di riferirsi, non già alla mancanza in fatto d'ogni notizia relativa alla paternità o maternità naturale, ma alla mancanza in diritto d'un riconoscimento conforme alla legge o di una dichiarazione giudiziale della figliazione naturale. Sicchè chi invocasse in giudizio la qualità di cittadino, non potrebb'essere ammesso a provare in qualunque modo di essere nato da padre o madre cittadini, ma potrebbe dimostrarlo soltanto colla produzione d'un atto regolare di riconoscimento volontario ed espresso (art. 179, 181 cod. civ.) o di una sentenza che nei casi ammessi dalla legge avesse dichiarato la paternità o la maternità naturale (art. 189, 190, 192 cod. civ.).

---

(1) V. Marcadé, t. I, n. 108.

Da ciò deriva poi anche una regola già accennata altra volta (1); che nei casi in cui è vietato tanto il riconoscimento volontario che la ricerca giudiziale della paternità o della maternità, nei casi cioè di filiazione adulterina o incestuosa (art. 180 e 193 cod. civ.), i genitori debbono considerarsi come se fossero ignoti, quanto al poter essi comunicare ai figli la propria qualità di cittadini, sebbene in fatto siano conosciuti, e ciò produca a loro carico ed a vantaggio dei figli qualche speciale effetto civile, qual è quello dell'obbligo degli alimenti, a tenore del detto articolo 193, § 2°.

Ed è questo pertanto un altro caso in cui diviene applicabile la regola che *è cittadino chi è nato nel regno*, come fu espressamente dichiarato dalla Commissione legislativa (2).

Non può essere parificato al figlio di genitori ignoti quello, che sia nato nel regno da genitori i quali abbiano perduta la cittadinanza dello stato a cui prima appartenevano, senza avere acquistato la cittadinanza italiana, e quindi non abbiano più patria alcuna. Avendo genitori legittimi, o se naturali, legalmente riconosciuti, egli deve in ogni modo seguirne la condizione; la quale consiste in ciò, che quelle persone, non avendo la cittadinanza nostra, sono rispetto a noi straniere, quantunque neppure abbiano la cittadinanza d'alcun altro stato. Anche il figlio sarà dunque straniero, sebbene nato nel regno; salvo però che potrà, secondo i casi, invocare in proprio favore i benefizi concessi dall'art. 8 del codice civile a chi sia nato nel regno da straniero, che vi abbia fissato il suo domicilio; benefizi diversi, come vedremo più innanzi, secondo che il domicilio nel regno abbia già durato per dieci anni non interrotti, o per minor tempo, al dì della nascita del figlio. Una controversia simile era pur sorta circa la interpretazione dell'articolo 9 del codice francese, che concedeva " a qualunque individuo, nato in

---

(1) V. n. 42.
(2) V. *Proc. verb.*, n. 4, § VI, pag. 50 e 51.

“ Francia da uno straniero, di potere, nell'anno susseguente “ alla di lui maggiore età, reclamare la qualità di Francese „ dichiarando di voler fissare e fissando effettivamente il suo domicilio in Francia entro un anno. Proponevasi la questione, se questa disposizione dovesse applicarsi anche a chi fosse nato da uno straniero, che essendosi stabilito in Francia, avesse perduta la cittadinanza propria, senz'avere acquistata la naturalità francese. E vi erano autori, i quali opinavano che i figli, nati in Francia da genitori rimasti senza patria, dovessero reputarsi senz'altro francesi, indipendentemente dalle condizioni stabilite nel predetto articolo 9. Quei figli non potevano appartenere — così osservavasi — all'antica patria dei loro genitori, colla quale non avevano mai avuta nessuna relazione personale propria, e rispetto alla quale non poteva esser loro comunicata dai genitori quella nazionalità ch'essi medesimi avevano perduta. Non potevasi dunque attribuire ai predetti figli altra origine che la francese. L'articolo 9 supponeva il figlio avesse un'altra nazionalità d'origine; e gli lasciava la facoltà di scegliere tra questa e la nazionalità di Francia, ov'era nato. Quando i genitori non avessero più patria, una tale scelta diveniva impossibile pei figli, ed era quindi una necessità indeclinabile di determinare lo stato loro come sarebbesi determinato quello di chi fosse nato da genitori ignoti, dichiarando, cioè, quei figli francesi, perchè nati in Francia (1).

Altri però insegnarono, all'opposto, non nascere francesi i figli di genitori che non avessero più patria; e solo poter quelli invocare il beneficio dell'articolo 9 del codice Napoleone. La regola è — si diceva — che i figli debbano seguire, quanto alla loro nazionalità d'origine, la condizione dei genitori. Se questi, al tempo della nascita dei figli, non hanno una patria, non possono dunque trasmettere ad

---

(1) V. Proudhon, *Tr. sur l'état des pers.*, t. I, ch. XII, pag. 200; Valette sur Proudhon, loc. cit., n.a (*a*); Demante, *Cours analytique du cod. civil*, t. I, p. 65, ss.

essi alcuna nazionalità. E dato pure che vi fossero ragioni per fare una eccezione in favore di questi figli, avuto riguardo alla loro posizione speciale, ciò sarebbe in ogni caso spettato al legistatore, non mai agl'interpreti, i quali non possono creare eccezioni, nè presunzioni (1).

Quest'ultima opinione ci sembra — come dicemmo — la sola vera, la sola accettabile anche secondo il diritto positivo nostro. In esso vediamo stabiliti due principii fondamentali; che il solo figlio *di padre cittadino* nasce cittadino egli pure (art. 4 cod. civ.); e che solamente *quando siano ignoti amendue i genitori, è cittadino il figlio nato nel regno* (art. 7, § 3° cod. civ.). A chi nasce nel regno da genitori che non sono cittadini, è provveduto in altro modo dall'articolo 8 del codice; attribuendogli la qualità di cittadino, ma lasciandogli la facoltà di eleggere quella di straniero, se il padre avea fissato il suo domicilio nel regno da dieci anni non interrotti; e reputandolo all'opposto straniero, ma colla facoltà di eleggere la qualità di cittadino, se il padre non era domiciliato nel regno da dieci anni. Ora, che il genitore, dal quale fu perduta la nazionalità sua, senza avere acquistata l'italiana, debba considerarsi rispetto a noi come straniero, non può esser dubbio; poichè, quantunque non abbia la cittadinanza d'altro stato, non possiamo nemmeno riconoscerlo come cittadino nostro. I figli di lui non hanno dunque ragione d'invocare la disposizione dell'art. 4; e nemmeno quella dell'articolo 7, § 3°, giacchè, sebbene nati nel regno, non sono di genitori ignoti. Resta quindi soltanto che possano giovarsi della disposizione dell'art. 8, per essere reputati cittadini, se il loro genitore avea fissato nel regno il suo domicilio da dieci anni non interrotti, od altrimenti per poter eleggere la qualità di cittadini, sebbene siano reputati stranieri. In questo ultimo caso, veramente, e fino alla elezione della qualità di cittadini, che non possono fare prima d'essere giunti alla maggiore

---

(1) V. Demolmobe, t. I, n. 152; Laurent, t. I, n. 334.

età, rimarranno frattanto senz'alcuna patria; ma questa è la condizione dei loro genitori, ed è naturale che i figli debbano seguirla. La legge ha provveduto affinchè ognuno abbia una nazionalità d'origine, desumendola dal luogo di nascita, quando non lo possa dallo stato dei genitori; ma ciò nella sola ipotesi che tale impossibilità derivi dall'esser i genitori ignoti. Rimarrebbe un'altra difficoltà relativamente a questi figli. Finchè rimangono senz'alcuna nazionalità, da quali leggi dovrà essere regolato il loro stato e la loro capacità personale, secondo l'art. 6 delle disposizioni premesse al codice? Ma la risposta è abbastanza pronta. Non potendo esservi conflitto fra le leggi nostre e le straniere, rispetto a chi non ha nazionalità alcuna, dovranno indubbiamente avere applicazione le nostre (1).

C.

Della cittadinanza che si desume dal luogo della nascita col concorso d'altre circostanze.

Sommario. — 45. Casi nei quali la legge ammette la cittadinanza d'origine per la ragione del luogo di nascita in concorso d'altre circostanze. — Motivi generali di queste disposizioni. — 46. Disposizioni degli art. 5 e 6 relative al figlio di un ex-cittadino. — 47. A qual tempo si riferisca la *residenza nel regno*, di cui è parlato nell'art. 5. — 48. Questo articolo non presume soltanto lo stato di cittadinanza del figlio dell'ex-cittadino, ma glielo attribuisce. — 49. Casi diversi nei quali è pienamente applicabile la disposizione del predetto articolo. — 50. Condizioni ed effetti della facoltà lasciata dallo stesso articolo di eleggere la qualità di straniero. — 51. L'elezione della qualità di straniero, a norma dell'art. 5, § 2°, non ha effetto retroattivo. — 52. Disposizioni simili date dall'art. 7, § 2°, pel caso che, essendo ignoto il padre, si tratti del figlio naturale di madre ex-cittadina. — 53. Regole stabilite dall'art. 8 pel figlio nato nel regno da uno straniero che vi abbia stabilito il suo domicilio, e loro motivi. — 54. Chi possa invocare il benefizio del predetto articolo. — 55. Condizioni richieste dalla legge, affinchè possa invocarsi tale benefizio. — 56. Facoltà lasciata dall'art. 8, al figlio reputato cittadino, di eleggere la qualità di straniero.

45. Vi sono casi, nei quali il fatto solo d'essere una persona nata nel regno non potrebbe bastare ad attribuirle

---

(1) Demolombe, t. I, n. 172 in fine.

la qualità di cittadino, non essendo essa d'ignoti genitori, ma procedendo invece da padre e madre stranieri, di cui dovrebbe seguire la condizione. E tuttavia, a quella della nascita nel regno congiungendosi altre circostanze costitutive di speciali e stretti rapporti di famiglia e d'interessi nello stato nostro, è giustificata dal loro concorso l'attribuzione della cittadinanza.

Allora viene sciolta razionalmente in tal guisa quella specie di conflitto, che sorge tra la condizione dei genitori, la quale renderebbe stranieri come loro anche i figli, e la località della nascita di questi, che consiglierebbe a chiamarli al godimento dello stato di cittadinanza (1).

Questi casi sono i seguenti:

1° quando il figlio di padre, che ha perduto la cittadinanza prima della nascita di lui, sia nato nel regno e vi abbia la sua residenza;

2° quando, essendo ignoto il padre, si trovi nelle medesime circostanze supposte nel caso precedente il figlio di madre, la quale abbia perduto la cittadinanza prima della nascita di lui;

3° quando sia nato nel regno il figlio di uno straniero, che vi abbia fissato il suo domicilio da dieci anni non interrotti.

46. (*a*) La condizione di chi ha perduta la cittadinanza, che in origine aveva, non è dopo diversa da quella di chi non fu mai cittadino; salva la facoltà, che gli è concessa dall'art. 13, di potere riacquistare la qualità perduta, sotto le condizioni ivi espresse. I figli nati da lui posteriormente al tempo in cui incorse quella perdita, dovendo seguire la condizione del padre, sarebbero quindi parimente stranieri. Tuttavia non si può disconoscere che l'avere il padre appartenuto un tempo al novero dei cittadini, lascia quasi sempre al figlio numerosi rapporti,

---

(1) V. sopra, n. 40, 41.

di parentela, d'interessi e di affezione, che lo legano a quella che fu la patria dei suoi maggiori. E se a ciò si aggiunga che sul suolo della patria perduta dal padre suo egli abbia avuta la nascita, circostanza che accresce i vincoli di attaccamento, riesce dal concorso di questi fatti giustificato abbastanza che gli si conceda quella cittadinanza, che per fatto non suo gli sarebbe negata; purchè d'altra parte vi sia fondamento a presumere che ciò sia conforme alla sua volontà, e salva sempre per parte sua la manifestazione d'un intendimento contrario (1).

Tali sono le basi sulle quali fu dal codice nostro stabilito il sistema, con cui fu trattato, rispetto allo stato di cittadinanza, il figlio di un ex-cittadino. Gli articoli 5 e 6 distinguono infatti, se questo figlio sia nato nel regno, o se sia nato in paese estero. Nel primo caso è riconosciuto cittadino, se nel regno abbia anche la residenza, lasciandogli però sempre facoltà di scegliere la qualità di straniero. Nel secondo caso, invece, è reputato straniero, ma con facoltà di eleggere la qualità di cittadino, purchè adempia certe condizioni. Notisi però che in quest'ultima ipotesi non si tratta di cittadinanza d'origine, ma che può essere acquistata per libera elezione da chi nacque straniero; e di ciò avremo quindi ad occuparci nella seguente sezione.

Ci restringeremo per ora al solo esame dell'articolo 5, espresso così:

“ Se il padre ha perduta la cittadinanza prima del
“ nascimento del figlio, questi è riputato cittadino, ove
“ sia nato nel regno e vi abbia la sua residenza.

“ Può nondimeno entro l'anno dall'età maggiore, deter-
“ minata secondo le leggi del regno, eleggere la qualità
“ di straniero, facendone la dichiarazione davanti l'uffiziale
“ dello stato civile della sua residenza, o, se si trova in paese
“ estero, davanti i regi agenti diplomatici o consolari „.

---

(1) V. sopra, n. 40.

La Commissione legislativa ebbe a decidere, sulla proposta fatta da uno dei suoi componenti, se convenisse eliminare dalla prima parte di questa disposizione la condizione della residenza nel regno. Osservava il proponente, essere questo un vincolo soverchio e dannoso alla libertà di prendere residenza all'estero, dove si può essere chiamato da relazioni di famiglia, da affari di grave interesse, o da propria inclinazione; essere poi contraddittorio il richiedere dal figlio dell'ex-cittadino questa condizione, che non s'impone al figlio nato nel regno da uno straniero, che vi sia domiciliato da dieci anni (art. 8 cod. civ.); il fatto della residenza all'estero non potere d'altronde servire di base ad una presunzione di volontà contraria, trattandosi di persona minore di età, che non ha ancora la capacità di rinunciare ai propri diritti.

Non ostante la gravità di queste considerazioni, la proposta fu respinta; e si mantenne la condizione della residenza, considerandola, non solo come fondamento alla presunzione della volontà di essere cittadino, ma anche come un fatto che accenna ad un complesso di rapporti giustificanti l'attribuzione della cittadinanza; e riflettendo d'altronde che la cittadinanza, come è fonte di diritti, così lo è anche di doveri assai gravi, i quali non sarebbe giusto di imporre al figlio dell'ex-cittadino quando egli, almeno col fatto della sua residenza nel regno, non manifestasse la volontà di assoggettarvisi; che infine assai diverso da questo è il caso del figlio d'uno straniero domiciliato da dieci anni nel regno, in cui questo fatto stesso, congiunto a quello della nascita del figlio nel regno, fa già supporre tali relazioni d'affezione e d'interessi vivi ed attuali da giustificare senz'altro l'attribuzione della cittadinanza (1).

47. Tutto ciò per altro non scioglie il dubbio, che la disposizione del primo paragrafo dell'art. 5 può far

---

(1) V. *Proc. verb.*, n. 2, § 4, pag. 33, 34.

sorgere, se si esiga che la residenza nel regno sia stata continuata dal giorno in cui il figlio nacque fino a quello in cui si invochi per lui la qualità di cittadino, o basti la residenza attuale a quest'ultimo tempo, o debba essa verificarsi dopo che il figlio abbia raggiunto la maggiore età, o in quale altro tempo. Intorno a che, nè la disposizione dell'art. 5 è abbastanza esplicita, nè le discussioni avvenute intorno ad essa porgono lume sufficiente.

Uno dei commentatori del codice italiano si è occupato di questo dubbio, e l'ha risolto opinando: che se anche il figlio dell'ex-cittadino, essendo nato nel regno, sia stato portato durante la sua minore età, a risiedere all'estero, rimarrà nondimeno cittadino, purchè, giunto alla maggiore età, trasferisca la residenza in Italia; che se, invece, quel figlio sia rimasto sempre in Italia " questa residenza, co-" munque rapporto a lui involontaria, gli dovrà esser con-" tata per le conseguenze a lui favorevoli " (1).

Per verità, ci riesce difficile il comprendere quali possano essere queste *conseguenze favorevoli* della residenza tenuta in Italia durante la minore età, che si conserverebbero a vantaggio del figlio, qualora si ammetta — come l'autore insegna — che anche risiedendo all'estero finchè è minorenne, egli è egualmente reputato cittadino.

Comunque sia, pare a noi doversi partire da altri principii fondamentali.

L'art. 5, § 1° del codice attribuisce al figlio dell'ex-cittadino lo stato di cittadinanza *per diritto di nascita*. Anche la condizione della *residenza nel regno*, il concorso della quale è a tal uopo richiesto, deve dunque essersi verificata *fin dal tempo della nascita del figlio*.

A tenore poi del § 2° di quell'articolo, il figlio nato e residente nel regno è reputato per legge cittadino *fino a che raggiunga la maggiore età;* dal qual giorno, e pel termine d'un anno, gli è concessa la facoltà di eleggere, con

---

(1) V. Borsari, *Comm. del cod. civ.*, vol. I, § 97, p. 165.

determinate forme, la qualità di straniero. La condizione *della residenza nel regno*, a cui l'attribuzione della cittadinanza è subordinata, deve dunque continuare a verificarsi durante tutto il tempo della minore età. È verissima l'osservazione del Borsari, che il minore non può avere capacità giuridica per costituirsi una residenza, nè per eleggersi uno stato di cittadinanza. E sotto questo aspetto sarebbe inesatta — se intesa alla lettera — l'affermazione fattasi nelle discussioni sopra citate della Commissione legislativa, che " la residenza vuol essere presa come un " *fatto che fa presumere la volontà* „ non potendosi veramente attribuire ad un minorenne la capacità giuridica ad un atto di volontà efficace per scegliersi uno stato di cittadinanza; nè questa scelta, che è un atto di natura sua esclusivamente e strettissimamente personale, potendosi attribuire invece del figlio a chi lo rappresenti, negli atti ordinari della vita civile, in qualità di padre di famiglia o di tutore. Infatti lo stesso articolo 5, allorchè nel § 2° conferisce al figlio dell'ex-cittadino la facoltà di eleggere la nazionalità straniera, a cui voglia appartenere, fa decorrere il termine d'un anno, che prefigge a tal uopo, *dalla età maggiore determinata secondo le leggi del regno*. Ma il concetto della Commissione può spiegarsi in altro modo. Se durante la minorità la scelta d'uno stato di cittadinanza non può farsi dal minorenne, nè in nome di lui, ben però possono, anche in quel periodo di tempo, verificarsi fatti che determinino l'attribuzione a lui della cittadinanza per opera della legge; e appunto l'essersi fatto risiedere il minore nel regno costituisce indizio e causa ad un tempo di quei vincoli d'interessi e relazioni, che valgono a giustificare l'attribuirsi al figlio quella cittadinanza, che il padre suo ha perduta prima del nascimento di lui.

Certamente è da guardarsi, secondo il testo medesimo della legge, all'abituale residenza del figlio durante la sua minore età; nè nuocerebbe all'applicabilità dell'art. 5, § 1°, ch'egli subito dopo nato, o durante il periodo della minorità,

fosse stato temporaneamente portato all'estero; qualora però risultasse che in tutto quel periodo in complesso si fosse mantenuta colla intenzione e col fatto la stanza abituale di quel figlio in Italia, conservandogli colla patria perduta dal padre suo quelle relazioni d'interessi, che concorrono a dar fondamento all'attribuzione della cittadinanza italiana. Intorno a ciò devesi necessariamente riservare un ampio campo di apprezzamenti al prudente criterio dei giudici. Ma quello che è essenziale, a nostro modo di vedere, secondo la lettera e lo spirito della legge nostra, è che fin dal tempo della nascita, e per tutta la durata della minorità del figlio, siasi verificata quella residenza di lui nel regno, che è posta come condizione dalla legge per attribuirgli, dal momento appunto in cui è nato, e fino a che divenga maggiorenne, la qualità di cittadino italiano. Nè paia questa una soverchia esigenza; poichè, in fine, quando anche non si applichi in favore del figlio dell'ex-cittadino la disposizione dell'art. 5, e sia egli reputato straniero, può però sempre, in virtù del seguente art. 6, quando sia giunto alla maggiore età, eleggere la qualità di cittadino.

Al compiersi del ventunesimo anno, la sorte di questo figlio, per ciò che riguarda la nazionalità attribuitagli dalla legge, è definitivamente fissata; salvo la elezione, che gli è permesso di fare dopo, d'una nazionalità diversa. Se è nato nel regno, e da quel tempo alla sua maggiore età può ritenersi che abbia risieduto e risieda ancora in Italia, egli è reputato cittadino; solo può eleggere la qualità di straniero nei modi stabiliti dall'art. 5. Se è nato all'estero, o se durante la minorità ha risieduto fuori d'Italia, è reputato straniero; solo può divenir cittadino adempiendo la disposizione dell'art. 6, § 2°. Ma non potrebbe certamente bastargli a questo scopo di trasferire, dopo raggiunta la maggiore età, la sua residenza in Italia, come opinerebbe il Borsari; il quale sostituisce così un modo diverso di elezione della cittadinanza italiana a quello che solo è ammesso dall'art. 6, § 2°.

Questo articolo, infatti, vuole che il figlio dell'ex-cittadino, qualora non sia nato nel regno, *o non vi abbia la sua residenza*, possa bensì, quando sia divenuto maggiorenne, eleggere la qualità di cittadino, ma a condizione di farne *dichiarazione formale* davanti all'ufficiale dello stato civile, e di *fissare nel regno il suo domicilio entro l'anno*. Il Borsari invece esclude ogni necessità d'una dichiarazione espressa, e ritiene sufficiente *il fatto semplice del trasferimento della residenza*, invece dello *stabilimento del domicilio*. Or questo non è interpretare la legge, ma crearla, od anzi contraddirla.

Dallo stesso principio, che al figlio dell'ex-cittadino, quando sia nato nel regno e vi abbia la sua residenza, è definitivamente attribuita, allorchè tocca la maggiore età, la cittadinanza italiana, salva solo a lui la facoltà di prescegliere nei modi di legge la qualità di straniero, segue altresì che da quel tempo in poi si trovi egli pure nella condizione stessa degli altri cittadini, nè quindi perda questa qualità pel solo fatto di trasferire la residenza, od anche il domicilio all'estero. Perciò non potrebbe ammettersi che la residenza nel regno dovesse verificarsi continuata anche dopo la maggiore età, e fino al tempo in cui s'invocasse, a favore del figlio di chi ha perduta la cittadinanza, la qualità di cittadino.

Concludendo adunque, pensiamo che nell'art. 5 richiedendo che il figlio dell'ex-cittadino, per essere reputato cittadino egli stesso, debba esser nato nel regno ed *avervi la sua residenza*, siasi inteso di riferirsi con queste ultime parole alla *dimora abituale nel regno* durante il tempo trascorso fino alla maggiore età; e siasi lasciato poi ai tribunali, in ogni caso di controversia, il riconoscere se vi siano stati gli estremi di tale residenza, avendo principalmente in vista ch'essa è considerata qui come mezzo di dimostrazione dei rapporti di nazionalità, che siansi voluti conservare a favore del figlio; e ritenuto, del resto, che qualora, verificandosi le condizioni volute dalla legge, il figlio dell'ex-

cittadino sia cittadino egli stesso, non perderà più questa qualità, quantunque trasferisca la sua residenza all'estero.

Questa interpretazione, da noi proposta, potrà forse essere giudicata non soddisfacente in tutto. Crediamo nondimeno che sia la sola conciliabile col testo e collo spirito della legge nostra; la quale però — lo confessiamo — ci sarebbe parsa migliore, od almeno non avrebbe dato luogo a queste difficoltà, se fosse stata adottata la proposta Mancini, di eliminare dalla disposizione dell'art. 5, § 1° la condizione della residenza nel regno.

48. Concorrendo le circostanze, che il padre abbia perduta la cittadinanza prima che il figlio nascesse, che questi sia nato nel regno, e che vi abbia la residenza, egli è *reputato cittadino*. Colla quale espressione non si volle però significare che della qualità di cittadino siavi una *presunzione semplice*, ammettente prova in contrario; ma s'intese di attribuire per virtù di legge e di pien diritto tale qualità, salva soltanto, a chi ne è così investito, la facoltà di eleggere invece quella di straniero.

Se si trattasse veramente d'una *presunzione semplice*, essa dovrebb'essere oppugnabile col mezzo di qualunque prova contraria. All'opposto l'art. 5 del nostro codice non ammette contro l'attribuzione, ch'esso fa, della qualità di cittadino al figlio di chi ha perduta la cittadinanza, quando quel figlio sia nato e residente nel regno, fuorchè l'elezione formale della qualità di straniero, da lui dichiarata davanti l'uffiziale dello stato civile nel tempo e nei modi dall'articolo medesimo determinati. In questo senso han potuto dire alcuni commentatori, che in questo articolo 5 " se vi ha presunzione, si tratta d'una vera presunzione " *juris et de jure*, la quale non ammette prova con- " traria „ (1); sebbene questa osservazione medesima po-

(1) V. Astengo, De Foresta ed altri, Cod. civ. confrontato, ecc., vol. I, art. 5, 6, § I, p. 175.

trebb'essere accusata d'inesattezza, osservando in risposta, che la prova contraria è realmente ammessa dalla legge, quantunque limitandone i mezzi, dal momento che si permette che all'attribuzione della cittadinanza italiana, fatta dalla legge stessa a favore del figlio dell'ex-cittadino, possa opporsi la dichiarazione di lui davanti all'uffiziale dello stato civile, di eleggere la qualità di straniero.

Se non che, non è veramente il caso di potersi parlar qui d'una *presunzione*, sia poi semplice — *juris tantum* — ovvero assoluta — *juris et de jure*. Quale sarebbe mai l'oggetto di questa presunzione? Si presumerebbe forse l'esistenza dello stato di cittadinanza a favore del figlio nato nel regno da chi aveva perduta la cittadinanza prima del nascimento di lui, ed ivi residente? Ma questo concetto è affatto inammissibile. In materia di stato delle persone, la legge non procede per via di presunzioni, ma di attribuzione. Il presumere supporrebbe un'altra causa, da cui lo stato presunto potesse derivare; mentre è la legge sola che può conferire ad una persona un determinato stato civile. Ovvero si presumerebbe la volontà del figlio di assumere la cittadinanza perduta dal padre suo? Ma questo pensiero non sarebbe meno erroneo del primo, e per la stessa ragione; perchè, cioè, l'attribuzione dello stato di cittadinanza non potendo dipendere che dalla disposizione della legge, la volontà di colui che abbia a rimanerne investito non può essere che un elemento preso in considerazione dal legislatore, uno dei motivi che lo determinano a conferire appunto quello stato a chi manifesta la volontà di assumerlo.

Si comprende, del resto, assai facilmente perchè ed in qual senso siasi adoperata questa locuzione “ *è reputato* “ *cittadino* „, anzichè l'altra più assoluta “ *è cittadino* „ ch'era stata usata nel precedente articolo 4. Parve che quest'ultima formola divenisse meno propria; dal momento che si voleva lasciare al figlio dell'ex-cittadino, al quale si attribuiva la cittadinanza italiana se fosse nato nel

regno e vi risiedesse, la facoltà di eleggere invece, quando fosse giunto all'età maggiore, la qualità di straniero. Parve perciò più esatto il dire che questo figlio è *reputato cittadino*, non coll'idea di accennare soltanto ad una *presunzione*, o semplice od assoluta, di tale cittadinanza: ma usando quella parola, *reputato*, come sinonimo delle altre, *ritenuto*, *considerato*; per significare, cioè, che quantunque la legge attribuisse in questo caso la cittadinanza al figlio dell'ex-cittadino, non intendeva però d'imporgliela, ma gli lasciava, sotto certi limiti e condizioni, la facoltà di eleggere, al contrario, la qualità di straniero.

L'importanza di questi rilievi non è poi meramente teorica, ma può tradursi anche in conseguenze pratiche; tra le quali è notevole questa, che nel caso del predetto articolo 5 essendo lo stato di cittadinanza, non solo legalmente presunto a favore del figlio dell'ex-cittadino, sotto riserva della prova contraria, che possa risultare da dichiarazione formale da lui fatta davanti l'uffiziale dello stato civile, ma essendo anzi quello stato veramente e direttamente attribuito dalla legge al figlio stesso, lasciando però a lui la facoltà di spogliarsene mediante una semplice dichiarazione davanti al funzionario competente, coll'eleggere invece la qualità di straniero; questa elezione produrrà dunque i suoi effetti per l'avvenire, ma non distruggerà rispetto al passato l'opera della legge, non farà scomparire retroattivamente quello stato di cittadinanza ch'essa aveva conferito al figlio, con tutti gli effetti che ne derivarono. E così infatti fu esplicitamente ritenuto — come vedremo appresso — dagli autori del codice nostro.

49. Verificandosi il concorso delle due condizioni prescritte dall'art. 5, § 1° — che cioè il figlio di chi ha perduta la cittadinanza sia nato nel regno e vi abbia la sua residenza — non vi è luogo a distinguere se la perdita della cittadinanza sia stata fatta dal padre prima o dopo il concepimento del figlio. E quando pure fosse stata

fatta gran tempo prima di quello in cui può reputarsi avvenuto tale concepimento, il figlio però sarebbe reputato cittadino, se nato e residente nel regno.

Neppur si distingue se si tratti di figlio legittimo, o di figlio naturale riconosciuto, o dichiarato tale giudizialmente. E come nell'articolo 4, attribuendosi la cittadinanza al figlio di padre cittadino, si è inteso di comprendere — come abbiam visto (1) — tanto il caso di figliazione legittima, quanto quello di figliazione naturale; così pure negli articoli 5 e 6, parlando di padre che ha perduto la cittadinanza prima del nascimento del figlio, si è voluto riferirsi tanto al figlio legittimo, che al figlio naturale regolarmente riconosciuto, o giudizialmente dichiarato tale. Di che una riprova si ha nella disposizione del secondo paragrafo dell'articolo 7, dove si stabilisce che *quando il padre sia ignoto*, ove la madre abbia perduto la cittadinanza prima del nascimento del figlio, si applicano a questo le stesse massime stabilite negli articoli 5 e 6.

Il beneficio dell'articolo 5 si limita però a favore del *figlio* nato e residente nel regno, il cui *padre* abbia perduta la cittadinanza prima del nascimento di lui; ma non potrebbero approfittarne i figli del figlio, o gli ulteriori discendenti di chi ha perduta la cittadinanza; i quali, quantunque nati e residenti nel regno, non sarebbero reputati cittadini perciò che un loro ascendente avesse un tempo avuta la cittadinanza.

50. Attribuendo la cittadinanza, nei casi sovraindicati, al figlio dell'ex-cittadino, la legge nostra volle però rispettare pienamente la libertà individuale in cosa tanto grave, e nella quale la persona stessa è il miglior giudice di quegl'interessi, la cui presenza unicamente può giustificare che la qualità di cittadino le sia conferita. Perciò ha concessa, a chi ne è reputato rivestito, la facoltà di

---

(1) V. sopra, n. 42.

eleggere all'opposto la qualità di straniero. Ma l'esercizio di tale facoltà non poteva essere dato a chi, non essendo ancora maggiorenne, non ha capacità per rinunziare ai propri diritti, e quindi nemmeno per fare una elezione, la quale contiene appunto rinunzia al diritto, che gli era attribuito, della cittadinanza. D'altra parte poi non conveniva lasciare lungamente incerta la determinazione dello stato civile d'una persona. Dalla combinazione di queste idee sorse la regola scritta nel secondo paragrafo del riferito articolo 5, che ammettendo l'elezione della qualità di straniero, prescrive però che si faccia *entro l'anno dalla età maggiore*.

E siccome si tratta di persona che per legge è reputata cittadina, così naturalmente la determinazione della maggiore età deve farsi *secondo le leggi del regno* (art. 6 dispos. prelim.).

La elezione si fa mediante dichiarazione davanti l'uffiziale dello stato civile del luogo di residenza, o se la persona si trova in paese estero, davanti i regi agenti diplomatici o consolari; e le forme relative sono poi determinate dal R. Decreto 15 novembre 1865, n. 2602, concernente l'ordinamento degli atti dello stato civile, non che dalla legge consolare 15 agosto 1858 — 15 nov. 1865 e dal relativo regolamento 28 gen. 1866, n. 2804.

51. Nel progetto concordato tra la Commissione del Senato e il ministro guardasigilli, l'articolo 8, corrispondente all'articolo 5 del codice, conteneva un terzo paragrafo espresso così:

“ Se elegge la qualità di straniero, si reputerà tale dalla
“ nascita, salvi gli effetti degli atti anteriormente compiuti „.

La Commissione coordinatrice, accettando la proposta di uno dei commissari, di “ stabilire che la dichiarazione fatta
“ dai minori divenuti maggiori, di voler optare secondo i
“ casi per la cittadinanza italiana o straniera, *non abbia ef-*
“ *fetto che dal giorno in cui è fatta, invece di darle effetto re-*

„ *troattivo* „ determinò ad un tempo “ di sopprimere in-
“ tanto ed in conseguenza l'ultimo comma del summenzio-
“ nato articolo 8 „ (1). E più tardi poi completò la sua deliberazione decidendo “ di aggiungere dopo l'articolo 17
“ (14 del codice) un nuovo articolo concepito nei termini
“ nei quali era stato redatto l'articolo 23 del progetto del
“ codice civile presentato dal guardasigilli Miglietti „ (2). Questo articolo fu scritto effettivamente nel codice sotto il numero 15. E quantunque, trasportato come è da un altro progetto, esso non contenga nella sua formola tutto ciò che s'intese ora di comprendervi, perchè parla soltanto di *acquisto* o *riacquisto della cittadinanza;* è certo però che si ebbe l'intendimento di estendere anche alla *elezione della qualità di straniero* la stessa massima; che cioè quella elezione, come l'acquisto della cittadinanza “ *non ha effetto se*
„ *non dal giorno successivo a quello in cui furono adempiute*
„ *le condizioni e formalità stabilite* „. D'altronde questa massima è anche conforme ai principii generali; poichè ritenuto, come già fu detto, che nel caso contemplato dall'articolo 5, il figlio di chi perdette la cittadinanza, non solo si presume cittadino, ma lo è veramente di pien diritto e per virtù della disposizione della legge, non è ammissibile che l'esercizio della facoltà concessagli di eleggere una qualità opposta possa operare anche sul passato, distruggendo retroattivamente gli effetti derivati dall'attribuzione della cittadinanza ordinata dalla legge stessa.

52. (*b*) Chi, non avendo padre noto, assume la nazionalità della madre, che lo ha riconosciuto legalmente, o della quale è stata giudizialmente dichiarata la maternità naturale, trovasi in condizioni identiche del figlio di padre ex-cittadino, se la madre, di cui segue la condizione, abbia perduta la cittadinanza prima del nascimento di lui. Nato

---

(1) V. *Proc. verb.*, n. 2, § V, pag. 35.
(2) V. *Proc. verb.*, n. 3, § VII, pag. 44.

da donna divenuta straniera, dovrebbe egli pure essere straniero. Ma congiungendosi l'origine nazionale materna col fatto della nascita e della residenza di lui nel regno, vi ha quanto basta, nel complesso di queste circostanze, per attribuirgli la qualità di cittadino; quando alla presunzione ch'egli voglia esser tale non osti la elezione espressa ch'egli faccia della qualità di straniero, giunto che sia alla maggiore età.

E qualora non si verifichi il concorso di tutte le predette circostanze, il fatto solo della cittadinanza avuta un tempo dalla madre, ma perduta da lei prima della nascita del figlio, giustifica che almeno si renda a lui più facile, che ad un qualunque straniero, l'ottenimento della cittadinanza, e gli si conceda quindi di potere eleggere la qualità di cittadino, sotto tali condizioni, che assicurino della sua seria volontà di assumerla, sottoponendosi ai carichi che le sono inerenti, come ne godrà i vantaggi.

Pertanto furono rese comuni al figlio naturale di donna, che perdette la cittadinanza prima della nascita di lui, tutte le regole stabilite pel figlio di padre ex-cittadino, come risulta dal secondo paragrafo dell'articolo 7.

Non abbiamo intorno a ciò che a riferirci alle cose esposte nei numeri precedenti, sia quanto alle condizioni per l'attribuzione della cittadinanza d'origine, sia quanto alle condizioni ed agli effetti della elezione della qualità di straniero; riserbando poi il trattare della elezione della qualità di cittadino, che è permessa al figlio nato in paese estero da donna ex-cittadina, quando discorreremo le cause di acquisto della cittadinanza per fatti posteriori alla nascita.

53. (*c*) Il figlio di uno straniero, quando sia nato nel regno, dove già da dieci anni non interrotti il padre suo abbia fissato il proprio domicilio, *è reputato cittadino;* salvo che può eleggere la qualità di straniero facendone dichiarazione nel tempo e nel modo stabilito dall'articolo 5 (art. 8 cod. civ.).

In altri termini, concorrendo le suddette circostanze, il figlio dello straniero d'origine è parificato al figlio dell'ex-cittadino, che sia nato nel regno e vi abbia la residenza. Che se, a giustificare l'attribuzione della qualità di cittadino al figlio, non vi sono i vincoli e le relazioni collo stato nostro, che possono derivare dall'avere un tempo appartenuto a questo stato il padre, in compenso però vi ha il fatto dello stabilimento di domicilio nel regno preso dal padre stesso, e del mantenimento di tale domicilio pel lungo corso di dieci anni non interrotti e fino al tempo in cui il figlio nacque; circostanza questa, la quale deve pure aver prodotti numerosi e importanti rapporti, che leghino il figlio al paese ove ebbe vita, e glielo facciano considerare come sua patria.

54. Questo benefizio è concesso dall'articolo 8 al *figlio di straniero;* e ciò vuolsi riferire naturalmente tanto al padre quanto alla madre, secondo che dell'uno o dell'altra debba essere seguìta la condizione dal figlio. E quando essendo questi legittimo, o figlio naturale riconosciuto da ambedue i genitori, debba desumere il proprio stato da quello del padre, sarà di questo soltanto che dovrà ricercarsi se abbia fissato il suo domicilio da dieci anni nel regno; indifferente poi che la madre avesse mantenuto il proprio domicilio all'estero.

Ma quale sarà la legge con cui si dovrà determinare, all'uopo dell'applicazione dell'articolo 8, se il figlio naturale avrebbe a seguire la condizione del padre ovvero quella della madre? Sarà la legge dello stato straniero, a cui i genitori appartengano, oppure la legge nostra? Non sembra doversi esitare ad abbracciare quest'ultima soluzione; poichè si tratta di persona, a cui sarebbe attribuita fin dalla nascita la cittadinanza nostra, e il cui stato personale deve quindi essere regolato dalle nostre leggi. Così, se anche i genitori naturali d'un figlio nato nel regno appartenessero ad uno stato, la cui legislazione ammettesse il principio che

i figli naturali debban sempre seguire la condizione della madre, quantunque riconosciuti anche dal padre; quel figlio si reputerebbe però cittadino, qualora il padre suo avesse stabilito il domicilio nel regno da dieci anni non interrotti, non ostante che la madre fosse rimasta domiciliata all'estero.

Straniero è pure chi ebbe un tempo, ma perdette la cittadinanza; epperò il figlio dell'ex-cittadino potrebbe anche esso giovarsi del disposto dall'articolo 8. Nè varrebbe l'opporre che a questo figlio provvede già l'articolo 5, considerandolo ugualmente come cittadino, salvo a lui la facoltà di eleggere la qualità di straniero; poichè l'articolo 5 esige una condizione, che non è richiesta dall'articolo 8, quella cioè che il figlio, oltre essere nato nel regno, *vi abbia la sua residenza*. Epperò il figlio dell'ex-cittadino potrebbe avere interesse ad invocare la disposizione dell'articolo 8, qualora essendo nato nel regno, ma non avendovi residenza, potesse però allegare che anteriormente alla sua nascita il genitore suo aveva un decennio non interrotto di domicilio nel regno.

55. Le condizioni già indicate, e sotto le quali il figlio dello straniero è dalla legge considerato come cittadino, si riducono a queste due; ch'egli sia nato nel regno, e che qui siasi stabilito il genitor suo con animo di perpetua dimora.

La seconda di queste condizioni si deduce poi, per disposizione di legge, dalle circostanze, che il genitore abbia fissato nel regno il suo domicilio, ve lo abbia tenuto per dieci anni non interrotti, e vi continui ancora al tempo della nascita del figlio.

Veramente, anzi, di queste sole circostanze risulta necessario il concorso dalle dichiarazioni espresse dall'art. 8, senzachè nel testo si trovi menzionata esplicitamente la condizione dello *stabilimento nel regno con animo di perpetua dimora*. Nondimeno fu precisamente questa ipotesi, dello stabilimento preso da uno straniero nel regno, colla inten-

zione di perpetuarvelo, che diede motivo al legislatore per attribuire ai figli, qui nati dallo straniero medesimo, lo stato di cittadinanza: ed è questo pertanto il concetto fondamentale della disposizione del predetto articolo. Se non che, l'enunciarlo avrebbe in pratica lasciato luogo a molte controversie intorno all'accertamento in fatto dell'*animo di perpetua dimora;* e fu per evitarle, che il legislatore, con savio consiglio, pensò a determinare i fatti su cui riteneva potersi fondare la dimostrazione dello stabilimento a perpetuità, e quelli soli indicare, come condizioni dell'attribuzione dello stato di cittadinanza ai figli degli stranieri qui stabiliti; prescindendo da una proclamazione generica di principio, che praticamente avrebbe potuto cagionare questioni. Da ciò provenne la riforma recata in questa parte alle disposizioni del codice Albertino; il quale nell'art. 24 considerava come cittadino il figlio nato nei regi stati da uno straniero " *che vi avesse stabilito il suo domicilio con* " *animo di perpetua dimora* „ e presumeva quest'animo nello straniero " *che avesse mantenuto il suo domicilio nei* " *regi stati per lo spazio non interrotto di dieci anni compiti,* " *riservata però la prova contraria* „. Così, era una prescrizione legale, ma *juris tantum,* che quel codice stabiliva sul fatto del domicilio decennale dello straniero nel regno; e ciò, non escludendo da una parte l'ammissibilità d'altre prove dell' animo di perpetua dimora, e lasciando poi aperto l'adito a prove contrarie alla presunzione dedotta dal domicilio decennale, dava occasione a controversie non poche, nè lievi. Il legislatore italiano, senz'adottare, quanto ai motivi che lo determinavano, un principio diverso, ne modificò per altro l'applicazione con una disposizione più semplice, sostituendo alla presunzione *juris tantum* una presunzione *juris et de jure,* ed escludendo qualunque altro mezzo di prova dell'*animo di perpetua dimora* da parte dello straniero stabilitosi nel regno (1).

(1) V. Astengo ed altri, op. cit., vol. I, art. 8, §§ I-III, p. 179.

Il mantenimento del domicilio pel tempo fissato dalla legge, è dunque il solo fatto da cui la legge stessa ammette risultare lo stabilimento d'uno straniero nel regno, con animo di perpetua dimora, al fine di attribuire al figlio la qualità di cittadino. Sicchè, quando non si dimostrasse avere il genitore fissato il proprio domicilio nel regno, a tenore degli articoli 16 e 17 del codice civile, non sarebbe ammissibile la prova di alcun altro fatto tendente ad accertare la volontà del genitore stesso di qui stabilirsi a perpetuità; ed all'opposto, provato lo stabilimento di domicilio pel tempo dalla legge prefisso, non sarebbe ammissibile la prova contraria, tendente a far constare che non vi fosse stato animo di perpetua dimora.

Da ciò segue naturalmente che la semplice *residenza* nel regno (confr. art. 16, § 2, cod. civ.) non possa supplire mai alla mancanza di vero domicilio dello straniero, per attribuire la cittadinanza al figlio di lui nato nel regno. Epperò la disposizione finale del primo paragrafo dell'articolo 8, che dice " *la residenza per causa di commercio non " basta a determinare il domicilio* „ potrebbe sembrare, non solo superflua, ma fallace; superflua, perchè la *residenza* consistendo soltanto nell'abitualità della dimora in un luogo, non è possibile confonderla col *domicilio,* che è dove la persona abbia costituita la sede principale de' propri affari ed interessi; fallace, perchè potrebbe indurre a ritenere che fosse una eccezione limitata alla residenza stabilita per questa causa speciale dell'esercizio del commercio, ciò che invece è di natura sua un principio comune a qualunque residenza, per qualsivoglia causa sia presa. Ogni equivoco però scompare, se in questa disposizione alla parola *residenza* si sostituisca l'altra, che sembra più appropriata al caso, di *stabilimento.* Allora si viene a dire che lo stabilimento per causa di commercio non è di per sè sufficiente a costituire un vero *domicilio civile.* E questa massima è perfettamente giusta, non solo riferibilmente alla specialità del caso di uno straniero stabilitosi nel regno, e il cui figlio invochi

perciò la qualità di cittadino, ma pel domicilio in genere. Una persona può infatti aver preso abituale dimora in un luogo, per esercitarvi il commercio a cui si è dedicata, avervi quindi costituito il centro de' propri affari commerciali, e tuttavia non avervi stabilita la sede principale di tutti i propri affari ed interessi (V. art. 16 cod. civ.). Se però lo stabilimento di commercio *non basta a determinare il domicilio,* come esattamente si esprime l'articolo 8, nulla vieta per altro che il concorso di questa circostanza con altre, apprezzabili a prudente criterio dei tribunali, possa complessivamente determinare la costituzione della sede principale di tutti gli affari ed interessi della persona, e quindi il domicilio civile di lei, nel luogo ov' essa si è stabilita per causa di commercio.

E ciò potrebbe quindi anche far luogo a ritenere fissato dallo straniero il domicilio nel regno, ed a rendere perciò applicabile, in favore de' figli di lui, la disposizione dell'articolo 8.

Bisogna poi che il domicilio fissato dal genitore straniero nel regno sia stato continuato *per dieci anni fino al giorno della nascita del figlio.* La *interruzione,* che pei termini espressi dell'articolo 8 impedirebbe che il domicilio preso dallo straniero nel regno giovasse ai figli di lui nati qui, per attribuire ad essi la cittadinanza, devesi intendere *relativamente soltanto al domicilio civile.* Sicchè non nuocerebbe che lo straniero avesse temporaneamente dimorato, od anche abitualmente risieduto per certo tempo fuori del regno, se però non avesse cessato mai di qui mantenere la sede principale de' propri affari ed interessi. Ma d'altra parte non gioverebbe al figlio dello straniero il domicilio, anche più che decennale, che anteriormente alla sua nascita fosse stato tenuto dal genitore nel regno, se al tempo della nascita stessa quel domicilio fosse stato trasferito in estero paese.

Concorrendo le condizioni fin qui spiegate, il figlio dello straniero, *è riputato cittadino* (d° art. 8 cod. civ.); il che

significa, come già fu dimostrato (1), non presumersi solo che sia cittadino, ma essergli attribuita tale qualità di pieno diritto, e per virtù diretta ed immediata della disposizione della legge.

Nè, a potere approfittare di questo benefizio, il figlio dello straniero ha bisogno di essere egli stesso residente nel regno. A differenza del caso in cui si tratti del figlio di chi perdette la cittadinanza, dove non essendo necessario, ad attribuirgli la qualità di cittadino, che il padre sia domiciliato nel regno, si esige però che il figlio vi abbia la sua residenza; qui in vece non si richiede questa condizione, mentre si prescrive l'altra che il padre straniero sia domiciliato nel regno da dieci anni non interrotti. Intorno alla quale differenza di disposizioni indicammo già altrove le ragioni, che determinarono il legislatore a stabilirla (2).

Una volta poi attribuita così la cittadinanza al figlio d'uno straniero, nulla importa che questi mantenga ancora, dopo la nascita del figlio, il proprio domicilio nel regno, o lo cangi trasferendolo in estero paese. Chè il figlio è cittadino per diritto di nascita, nè può più perdere questa qualità se non per una delle cause tassativamente determinate dalla legge.

Fu ritenuto che non ostante il concorso delle condizioni sopra avvertite, non si potrebbe mai applicare la disposizione dell'art. 8, e riputare cittadino il figlio d'uno straniero, qualora la nascita di quel figlio fosse avvenuta prima dell'attuazione del codice civile italiano (3). La verità della qual massima non ammette dubbio; poichè trattandosi di cittadinanza attribuita per diritto di nascita, è la legge vigente al tempo in cui questa si verificò, che dev' essere applicata. Ma ciò riguarda il principio di

---

(1) V. sopra, n. 48.
(2) V. sopra, n. 46.
(3) V. decisione della Corte di cassazione di Roma, 23 gennaio 1880 (*Giur. It.*, XXXII, I, 200).

irretroattività delle leggi, piuttosto che la specialità dell'argomento del quale ci occupiamo ora.

56. Al figlio nato nel regno da genitore straniero avente domicilio nel regno stesso almeno da dieci anni continui, è lasciata tuttavia la facoltà di eleggere la qualità di straniero (art. 8, § 2° cod. civ.), come tale facoltà è concessa pure al figlio dell'ex-cittadino, e per identici motivi. Le condizioni di tempo e di modo, per poter eleggere la qualità di straniero, sono le stesse che l'art. 5, § 2° stabilisce pel figlio dell'ex-cittadino. Bisogna quindi che la dichiarazione relativa, da farsi davanti l'uffiziale di stato civile della propria residenza, o davanti ai regi agenti diplomatici o consolari, trovandosi in paese estero, si adempia dopo che il dichiarante abbia raggiunta la maggior età, ed entro un anno da questo tempo; e la maggiore età deve essere determinata *secondo le leggi del regno* (1). Bisogna che la dichiarazione di elezione segua nelle forme determinate all'uopo dalle disposizioni generali del codice relative agli atti dello stato civile, dalle disposizioni particolari del regolamento sull'ordinamento dello stato civile, e dalla legge consolare e relativo regolamento.

Questa facoltà però di eleggere la qualità di straniero compete soltanto ai *figli* immediati, non ai *discendenti* ulteriori dello straniero domiciliato in Italia da dieci anni. Se il figlio di lui non ha esercitato, nel tempo e nei modi stabiliti dalla legge, la facoltà, che questa gli lasciava, di eleggere la qualità di straniero, egli è decaduto da tale facoltà, ed è oramai definitivamente cittadino per diritto di nascita. I figli suoi nascono quindi cittadini per la condizione del padre, a termini dell'articolo 4 del codice civile, non già in forza della speciale disposizione

---

(1) V. decisione della Corte d'appello di Lucca, 23 dicembre 1878 (*Legge*, XIX, I, 510).

dell'articolo 8. Nè il figlio stesso dello straniero, nè i suoi figli o discendenti ulteriori, possono dunque più divenire stranieri, se non per qualcuna delle cause a cui la legge annette la privazione della cittadinanza.

Gli effetti della elezione legittimamente fatta della qualità di straniero, non possono poi considerarsi come retroattivi fino al dì della nascita del dichiarante, ma datano soltanto dal giorno successivo a quello in cui siano state adempiute le condizioni e formalità stabilite per la relativa dichiarazione, come già fu dimostrato argomentarsi dalla disposizione dell'articolo 15 del codice civile (1).

§ II. — **Della cittadinanza acquisita per avvenimenti posteriori alla nascita.**

Sommario. — 57. Della causa generale di acquisto della cittadinanza, dipendente da annessione di territorio. — 58. Distinzione delle diverse cause individuali, per le quali si può acquistare cittadinanza posteriormente alla nascita. — Partizione della materia.

57. Tra le cause, per le quali si può acquistare cittadinanza da chi non l'aveva per diritto di nascita, ve ne ha una generale; che non considera gl'individui personalmente, ma agisce sovra un territorio e sulla massa degli abitanti di esso; ciòè l'annessione di nuovo territorio allo stato.

Il codice civile nulla ha disposto intorno a ciò, trattandosi di materia essenzialmente appartenente al diritto pubblico.

L'aggiunzione di nuovo territorio allo stato può avvenire o per voto di popolo, o per trattato, o per conquista consumata, non però per semplice invasione; la quale non produce che uno stato di cose transitorio, soggetto a nuova e facile mutazione, e che pertanto non può esercitare nessuna legittima influenza sullo stato delle persone abitanti il territorio occupato.

---

(1) V. sopra, n. 51.

Per qualunque causa avvenga, l'annessione di nuovo territorio ad uno stato rende sempre necessaria la risoluzione d'un quesito importantissimo: quale sia, cioè, la influenza che un tal fatto debba esercitare sullo stato delle persone appartenenti a quel territorio. D'ordinario provvedono a ciò leggi speciali, o trattati, o convenzioni diplomatiche. Ma in difetto, quali sono i principii da applicarsi in questa materia? Coloro che appartengono al territorio riunito ad altro stato, rimarranno cittadini di quello da cui avviene il distacco, o diverranno invece cittadini dell'altro, a cui si fa l'annessione? E l'appartenenza delle persone al territorio annesso come verrà determinata? Si dovrà avere riguardo al solo fatto della loro nascita, avvenuta in quel territorio, od insieme alla origine da parte dei genitori, od alla relazione del domicilio esistente al tempo della nascita, od al domicilio attuale nel momento dell'annessione?

Quanto al primo di codesti quesiti, appena si può concepire per un momento il pensiero che tutti gli abitatori del territorio annesso abbiano a rimanere cittadini dello stato a cui prima appartenevano. Per dimostrarlo inaccettabile basterebbe la semplice riflessione, che leggiamo in una dottissima sentenza, della quale dovremo appresso occuparci. Essa parla d'una opinione, secondo la quale dovrebbe presumersi *la volontà di conservare l'antica sudditanza;* e risponde che " questo criterio, preso in senso " assoluto, sarebbe assurdo, poichè lascierebbe all'altra " parte un territorio vuoto di cittadini, e temperato con " altre considerazioni di fatto, ricondurrebbe alle ambagi, " alle incertezze delle risoluzioni per casi speciali ". Inoltre è da considerarsi, che l'applicazione di un tale concetto offenderebbe gravemente i diritti quesiti spettanti a coloro che appartengono al paese annesso. Godevano essi in quel luogo dei benefizi derivanti dallo stato di cittadinanza di cui erano rivestiti; in quel luogo erano tenuti ad adempiere i doveri dipendenti dallo stato medesimo.

E frattanto il fatto dell'annessione del loro paese ad uno stato diverso, verrebbe ad alterare in loro danno questa condizione di cose, e li costringerebbe ad esercitare i diritti e soddisfare gli obblighi di cittadino in uno stato, a cui non apparterrebbe più quel territorio, nel quale si concentra la somma dei loro interessi. È ciò conciliabile colla giustizia, è ammessibile secondo i principii di diritto?

Questo appunto pare a noi doversi considerare come principio fondamentale nella materia di cui discorriamo; che l'attribuirsi agli abitanti del territorio, annesso ad un nuovo stato, la cittadinanza di questo, non corrisponde veramente al conferimento di uno stato personale nuovo, bensì unicamente alla conservazione di quello che prima avevano, rispettando così il loro diritto quesito in quel modo che è conciliabile colla nuova condizione di cose, mediante il trasferimento verso il nuovo stato di quegli stessi rapporti di cittadinanza, che gli abitanti del territorio annesso avevano verso lo stato da cui quel territorio dipendeva precedentemente.

Può darsi, certamente, che taluni degli appartenenti al territorio aggregato abbiano invece interesse a conservare la qualità di cittadini nello stato da cui prima dipendevano; e perciò sarà opportuno provvedere colle leggi o coi trattati — e così appunto suol farsi in pratica — per lasciare agli abitanti stessi la facoltà di elezione. Ma quando non risulti altrimenti da manifestazioni di volontà, a cui quegli abitanti siano autorizzati, è presumibile che il loro interesse sia di divenire cittadini del nuovo stato; e perciò appunto, e per rispetto — come dicemmo — dei diritti quesiti, è questa la regola da osservarsi, la quale infatti è accolta senza contraddizioni.

Rimane però l'altro quesito assai più grave. Sul fondamento di qual fatto si dovrà determinare l'appartenenza delle persone al territorio aggregato, per gli effetti derivanti dall'annessione in ordine alla nazionalità degli abitanti? Sarà da attendersi unicamente al luogo della

nascita, od insieme all'origine paterna, ovvero al luogo di domicilio, ed in quest'ultimo caso, al domicilio d'origine, o al domicilio attuale?

Quest'ultima è l'opinione generalmente adottata dagli autori francesi (1) ed i signori Aubry e Rau la formularono colla consueta loro precisione nei seguenti termini: " La riunione d'un paese alla Francia conferisce, *ipso facto*, " la qualità di francesi a quelli degli antichi sudditi dello " stato da cui fu distaccato il territorio annesso, *che si trova-* " *vano domiciliati in questo territorio al momento della* " *annessione* „.

Un altro giureconsulto illustre ha proposta una teoria diversa; e dall'ampio svolgimento, ch'egli ne ha fatto, ci permetteremo di estrarre i soli punti che ci sembrarono più essenziali. L'autore comincia dallo stabilire il principio " che quando un territorio cambia di dominazione, " i naturali di questo territorio cambiano essi pure di " nazionalità „. Accenna nondimeno alle difficoltà, che si incontrano nell'applicare questo principio, ed alla necessità di distinguere " se sia tutto un paese, che venga riu- " nito in virtù di un trattato di pace o d'una annessione, " o se uno stato venga smembrato in conseguenza di " una rivoluzione „. Parlando della prima ipotesi, propone l'esempio del Belgio, che fu riunito alla Francia sotto la repubblica, e staccatone di nuovo pel trattato del 1814; e dice, che colla riunione divennero francesi tutti coloro, che a quel tempo erano *naturali* o *naturalizzati* nel Belgio, ed i loro figli nati dopo la riunione; che colla separazione perdettero la qualità di francesi tutti coloro che l'avevano acquistata mediante la riunione. Esamina pure il caso di *naturali francesi*, stabilitisi durante la riunione, e rimasti anche dopo la separazione,

---

(1) V. Fœlix, *Tr. du dr. int. privé*, t. I, n. 35; Duranton, t. I, n. 133; Valette sur Proudhon, t. I, ch. IX, sect. III, *obs.*, p. 128; Zachariæ, t. I, § 72; Demolombe, t. I, n. 157, 178; Aubry e Rau, t. I, § 72, n[a] 3.

nelle provincie belgiche, ed osserva che hanno sempre conservata la qualità di francesi. Procede poi a considerare l'altro caso d'una cessione parziale di territorio, e professa che i *naturali* di questo territorio perdono la nazionalità che avevano, per acquistare quella dello stato a cui la cessione viene fatta, soggiungendo però che " *la* " *qualità di naturali si determina dalla nascita e non dal do-* " *micilio* „ e nemmeno importa l'origine da genitori non appartenenti a quel territorio, perchè " la nazionalità è " qui fuori di causa, ed è la nascita in una data provincia, " che attribuisce la qualità di abitante di essa, come è " la nascita in un comune, che attribuisce la qualità di " abitante di quel comune „. Suppone ancora il caso che gli *originari* del territorio ceduto si trovino al momento della cessione stabiliti sul territorio dello stato da cui la cessione vien fatta, ed opina che costoro perdano la nazionalità in questo stato, per riacquistarla nel territorio di loro origine (1).

Gli scrittori italiani ammettono generalmente anch'essi la massima adottata quasi concordemente dagli autori francesi, che *dal domicilio nel territorio aggregato, al momento dell'annessione*, debba dipendere il mutamento di nazionalità degli abitanti di quel territorio (2). Solo il compianto professore Pacifici-Mazzoni insegnò massime differenti. Nella prima edizione delle sue *Istituzioni di diritto civile*, egli professava, che " acquistano la cittadinanza, per naturalità " ottenuta in forza dell'annessione di territorio, tutte le " persone..... *oriunde* del territorio annesso al nostro regno, " e cittadine dello stato dal quale è stato staccato..... sia " poi che tali persone abbiano o no il domicilio in quel ter- " ritorio, bastando sol questo, che nel momento della " annessione siano cittadine di quello stato „. Nella se-

---

(1) V. Laurent, t. I, n. 354, 355, 359, 361.

(2) V. Astengo ed altri, op. cit., vol. I, art. 10, § VI, p. 189, 190; Borsari, *Comm. del cod. civ. it.*, art. 10, § 109, vol. I, p. 169; Ricci, vol. I, n. 19.

conda e nella terza edizione modificò il suo insegnamento, distinguendo: e disse, che " se l'annessione di territorio " ha per base il principio di nazionalità, l'annessione... *rende* " *cittadini tutti i nazionali appartenenti al territorio annesso,* " *quand'anche domiciliati fuori di questo*... Se l'annessione " di territorio non ha luogo in base a quel principio, ac- " quistano la cittadinanza italiana i cittadini dello stato " da cui viene staccato quel territorio, e *che in esso sono* " *domiciliati* „ (1).

La giurisprudenza delle nostre Corti in questo argomento ha variato. Qualche decisione fu dapprima pronunciata nel senso di " tener fermo il principio, che ac- " quistano la nuova nazionalità coloro che, cittadini dello " stato, il cui territorio in tutto o in parte si annette, " domiciliavano nel territorio annesso „ (2).

Altre decisioni vennero proferite, ma riferibili specialmente alla interpretazione dell'articolo 6 del trattato 24 marzo 1860 per la cessione di Nizza e Savoia, ed alla questione, se la dichiarazione fatta dal padre o dal tutore pel minorenne, di eleggere la nazionalità italiana, potesse togliere a quest' ultimo il diritto di optare, giunto che fosse alla maggiore età, per la nazionalità francese (3).

La suprema Corte romana poi pronunciò solennemente sulla questione, cassando una sentenza della Corte di appello di Perugia, nella quale era stato ritenuto che una persona nata in città ricongiunta alla patria italiana, essendosi però trovata a quel tempo domiciliata nel territorio pontificio, non avesse mutato lo stato di cittadi-

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist. di dir. civ. it.*, 1ª ed., vol. I, n. 118, 2ª ediz., vol. II, n. 28, nª 1, 3ª ediz., vol. II, n. 31, nª 2.

(2) V. decisione della Corte d'appello di Ancona, 16 settembre 1872 (*Ann. di giur. It.*, VI, 2, 446).

(3) V. decisioni della Corte di cassazione di Torino, 11 giugno 1874 (*Giur. It.*, vol. XXVI, I, 1, 575); della Corte d'appello di Casale, 25 gennaio 1875 (*Giur. It.*, vol. XXVII, I, II, 365).

nanza. L'arresto della Corte di cassazione pone a suo fondamento la distinzione fra " il *domicilio d'origine*, la " *patria di nascita* — che in date condizioni legali determi- " nano i rapporti politici collo stato, e danno il titolo " della cittadinanza — e il *domicilio degli affari*, che de- " termina il fôro competente e le altre relazioni comuni " della vita civile „.

Osserva, che tale distinzione non trova materia di applicazioni pratiche " quando il transito sia da una ad " altra città nei confini del proprio stato, retto da unità " di legislazione e di ordini politici ed amministrativi „ e perciò allora " appare come obliterata e quasi scomparsa; " ma col fatto resta integra e viva, benchè in istato la- " tente e potenziale, imperocchè non mai si spezzano del " tutto i legami che ci stringono alla terra che ci vide " nascere . . . „. Prosegue dicendo che: " Quella distin- " zione riappare immediatamente nelle sue conseguenze, " appena sorga il problema della cittadinanza, che defi- " nisce il rapporto di nazionalità „. Ne deduce che " se " un'unica regione si divida in due parti, che diventino " stati distinti o membri di due stati distinti, *i citta- " dini dell'una o dell'altra parte sono designati, non dal " domicilio di fatto, dal domicilio degli affari, ma bensì dal " domicilio di origine, dal domicilio della cittadinanza, sicchè " ciascuna parte prende a sè i nativi, non i residenti,* CIVES " NON INCOLAS „. Cita vari trattati, le cui disposizioni si conformarono a questi principii, e soggiunge che: " *La " nascita in un luogo, quando non è per mero accidente, " ma per discendenza da genitori cittadini,* non è solo un " fatto materiale, ma chiude un vincolo morale, col po- " polo, colla nazione, colla città a cui si appartiene „ e che nel determinare la perdita o l'acquisto della cittadinanza per mutazioni territoriali " essendo due i criteri " culminanti, il domicilio, e la nascita, il centro degl'in- " teressi, e la sede della cittadinanza, il *jus receptum* ha " accolto come prevalente, come decisivo, nella opposi-

“ zione dei due, il secondo criterio, come presunzione di
“ diritto „ (1).

Di codesta teoria della Cassazione di Roma fu fatta pure applicazione dalla Corte d'appello di Macerata; in un caso, però, nel quale era ritenuto in fatto confondersi il *domicilio d'origine*, col *domicilio di fatto*, perchè la persona di cui trattavasi non aveva mai dimostrato l'animo di abbandonare il primitivo suo domicilio, e si avevano anzi in atti elementi di prova in senso opposto (2).

Pel rispetto, che professiamo grandissimo, all'autorità della Corte suprema, ed al sapere dell'egregio magistrato estensore di quella sentenza, avremmo lealmente desiderato di convincerci che le massime ivi proclamate fossero le vere. Ma, non ostante il più accurato studio, dobbiamo confessare di non esservi riusciti. La sentenza pone insieme tre idee, le quali però differiscono essenzialmente l'una dall'altra: il *domicilio d'origine*, la *patria di nascita*, la *discendenza da genitori cittadini*. Il *domicilio d'origine* è quello che ciascuno ha fin dal momento in cui vede la luce, desumendolo dal domicilio del proprio genitore, del padre o della madre, secondo i casi (articolo 18 cod. civ.). Or questo domicilio può essere ben diverso dal *luogo della nascita*, la quale può avvenire dove la madre abbia solo la residenza, od anche una dimora temporanea.

Non si può dunque confondere l'una cosa coll'altra, parlando quasi per sinonimia — come fa la sentenza — di *domicilio d'origine* e *patria di nascita*. La procedenza poi *da genitori cittadini* è ancora tutt'altra cosa; potendosi avere il domicilio d'origine in un luogo diverso da quello dove si è nati, e potendo tuttavia sì nell'uno che nell'altro di questi luoghi mancare di cittadinanza i

---

(1) V. decisione della Corte di cassazione di Roma, 20 maggio 1876 (*Giur. Ital.*, XXVIII, I, I, 951).

(2) V. decisione della Corte d'appello di Macerata, 22 agosto 1879 (*Giur. It.*, XXXII, I, II, 109).

genitori, i quali abbiano altra nazionalità. Bisogna pertanto scegliere fra questi diversi concetti, in luogo di amalgamarli; ed attenersi unicamente o al domicilio paterno, o materno, al momento della nascita del figlio, od al luogo in cui questa nascita avvenne, od alla procedenza da genitori cittadini. Ora la sentenza stessa respinge l'idea che possa essere elemento determinante esclusivo il *luogo di nascita*, giacchè conviene che potendo questa essersi verificata in quel luogo per mero accidente, non costituisce di per sè sola che un semplice fatto materiale, non costituisce alcun vincolo morale, da cui possa essere giustificato il considerare la persona come appartenente a quel dato popolo, a quella città. E in ciò differenzia sostanzialmente la propria teorica da quella professata dal Laurent, di cui l'annotatore della sentenza, nella raccolta sopra citata, dice erroneamente aver essa seguita la dottrina. Alla *discendenza da genitori cittadini* la sentenza medesima accenna poi solo incidentemente, e a modo di dimostrazione, senza farne fondamento di principio. Nè per verità si vedrebbe ragione di richiedere una condizione simile, la quale produrrebbe conseguenze assurde; per esempio, che chi fosse nato da genitori stranieri in un luogo dove poi avesse egli acquistato la naturalità, e dove fosse sempre rimasto stabilito, avvenendo l'annessione di quel territorio ad altro stato, rimanesse in quel luogo come straniero. Sembra dunque che, non ostante qualche incertezza nascente dalla forma di espressione, sia stato intendimento della Corte suprema di proclamare soltanto la massima, che nel determinare l'appartenenza degli abitanti d'un territorio aggregato allo stato, per gli effetti dell'annessione in ordine alla loro nazionalità, debbasi avere riguardo al *domicilio di origine*, ossia a quello che avevano il padre o la madre al momento della nascita del figlio, e non ad altro.

A noi però questa massima non sembra ben fondata in diritto. L'attribuire ad una persona, per determinati

effetti giuridici, un domicilio diverso dal reale, non può aver base che in una *finzione*, e nessuna finzione può esistere legalmente senza una legge che la stabilisca. Ora in tutto il titolo del codice civile riguardante la cittadinanza non troviamo alcuna disposizione che assegni qualche effetto al domicilio d'origine in rapporto alla cittadinanza stessa. L'articolo 4 e l'articolo 7, § 1°, hanno riguardo alla qualità di cittadini dei genitori, non al loro domicilio, che diventa domicilio d'origine dei figli. Di ciò parla l'art. 18, § 2°, ma unicamente in relazione appunto al domicilio civile, acciocchè nessuno ne manchi, cominciando dal momento della nascita fino al tempo in cui divenga capace a stabilirsene uno per propria volontà. E questa finzione, che l'articolo 18 stabilisce per sovvenire alla incapacità del minore, la teorica della Corte suprema verrebbe ad estenderla anche al maggiorenne, figurando come tuttora esistente, pei rapporti della cittadinanza, quel domicilio di origine, che la persona giunta a stato di capacità avesse di fatto cangiato. È ciò ammissibile? A noi pare un arbitrio, che l'autorità giudiziaria non può permettersi. Si citano i trattati. Ma questi appartengono al diritto positivo; e la questione che si discute consiste appunto nello stabilire quali principii siano da applicarsi in mancanza di norme date dal diritto positivo.

Se poi consideriamo la teorica della Corte sotto l'aspetto razionale, ci sembra ch'essa lasci ancora molto a desiderare. Ammessa una volta la massima, che per determinare se l'annessione di un territorio ad altro stato produca o no mutamento di cittadinanza ai singoli abitanti di quel territorio, debbasi avere riguardo al *domicilio d'origine*, non al domicilio reale ed attuale di ciascuno di essi; bisogna applicarla ugualmente, tanto al caso che il domicilio d'origine sia nel territorio annesso, mentre il domicilio di fatto sia in altra parte dello stato da cui si fa il distacco di territorio, — come si verificava appunto nella fattispecie controversa — quanto al caso opposto. Or vediamone le conseguenze.

Taluno, per esempio, sarà nato in una parte dello stato, di cui era cittadino, non compresa nell'annessione avvenuta più tardi di una frazione territoriale di quello stato ad un altro, ed in quel luogo avrà avuto pure il domicilio d'origine, essendovi stabilito allora il padre suo; ma poco dopo il padre stesso, od il figlio giunto a maggiore età avrà cambiato domicilio, trasferendolo appunto nel territorio che dopo lungo tempo forma oggetto di annessione ad uno stato diverso. Costui avrà da moltissimi anni cessata ogni relazione colla sua *patria di nascita;* forse da quando divenne maggiorenne fino a tarda età avrà ristretta a quel luogo tutta l'attività della sua vita, concentrandovi ogni suo interesse. E nondimeno, quando quel territorio verrà annesso ad un altro stato, egli vi rimarrà straniero; dovrà invece reputarsi cittadino di uno stato, col quale non ha relazione di sorta, solo perchè vi ebbe in origine un domicilio, che gli fu mutato forse mentre era ancora in fascie. È ciò ragionevole, è conforme agl'interessi della persona di cui si tratta? Dov'è la disposizione di legge che lo statuisca? Qual è, in mancanza d'un testo positivo, il principio di diritto, che possa prestare appoggio ad una tale conclusione? Noi, per verità, non sapremmo trovar nulla di tutto ciò, nè ci han dato aiuto a trovarlo le considerazioni della sentenza.

Il Laurent ha insegnato tutt'altri principii. Egli esclude espressamente che debbasi avere riguardo alla nazionalità dei genitori, nè parla di *domicilio d'origine;* anzi dopo avere stabilito che divengono cittadini dello stato a cui si fa l'annessione i *naturali* del territorio annesso, dice che *la qualità di naturali si determina dalla nascita, e non dal domicilio.* Egli dichiara di seguire la teoria insegnata dal Pothier. È notevole per altro che questo giureconsulto scriveva pel diritto consuetudinario di Francia, secondo cui — come faceva notare il Pothier stesso — " per doversi reputare " Francesi coloro che fossero nati in paesi soggetti alla " dominazione francese, non era da considerarsi se fos- " sero nati da genitori Francesi o stranieri, nè se gli

" stranieri fossero o no domiciliati nel regno. Tutte queste " circostanze erano indifferenti, secondo le consuetudini " di Francia: *il solo nascimento nel regno dava il diritto " di naturalità, indipendentemente dall'origine del padre e " della madre, e dalla loro residenza* „ (1). Ora, in una legislazione, che faceva dipendere l'attribuzione dello stato di cittadinanza unicamente dal fatto della nascita in un luogo qualunque del territorio dello stato, era coerente e facilmente spiegabile che il medesimo fatto della nascita originasse una speciale attinenza dello stato di cittadinanza della persona al luogo in cui la nascita di lei era avvenuta. Ma lo stesso non può dirsi certamente del codice Napoleone e degli altri codici moderni, tra cui l'italiano; i quali, ritornando ai principii del diritto romano, non fanno più derivare lo stato di cittadinanza dal luogo della nascita, ma dalla relazione di figliazione, dalla condizione dei genitori, riguardando come cittadino chi è nato da padre cittadino (art. 4 cod. it.) o da madre cittadina, se il padre è ignoto (art. 7 cod. it.) senza considerare se la nascita sia avvenuta nel territorio dello stato, o in territorio straniero (art. 10, al. 1° cod. franc.).

La distinzione proposta dal Laurent, fra il caso dell'annessione d'un intero paese, che cessi d'essere autonomo per entrare a far parte d'un altro stato, e il caso di una annessione parziale, ci sembra pienamente giusta ed opportuna. Certo è che nella prima ipotesi debbono necessariamente assumere la cittadinanza del nuovo stato tutti coloro che erano cittadini nel paese che viene annesso. Altrimenti essi rimarrebbero, pel fatto dell'annessione, senz'alcuna patria, e allo stato predetto si aggregherebbe un territorio senza cittadini. D'altra parte non può qui sorgere alcun conflitto intorno alla determinazione della nazionalità, che gli abitanti del territorio annesso debbano avere, appunto perchè il paese di cui prima erano cittadini, non avendo più

(1) V. Pothier, *Tr. des personnes*, P. I, t. II, S. 1ª.

una esistenza sua propria e distinta, essi non possono che divenire cittadini dello stato a cui l'aggregazione è fatta, o rimanere privi di patria. È incontestabile parimente ciò che dice lo stesso autore, che se il paese interamente aggregato ad altro stato, ritorni dopo ad essere autonomo, riacquistano immediatamente, pel fatto stesso della rinnovata separazione, la loro cittadinanza antica tutti coloro che per l'aggregazione precedente erano divenuti cittadini del nuovo stato. È chiaro infatti che cessando la causa, consistente nella riunione del loro paese ad altro stato, deve anche cessarne l'effetto, cioè la perdita della loro primitiva nazionalità, e l'acquisto, che avevano fatto, d'altra cittadinanza (1). Pensiamo eziandio potersi ammettere l'altra massima, che i naturali o naturalizzati nello stato a cui fu fatta l'annessione, qualora durante l'intervallo tra questa e la nuova separazione si fossero stabiliti nel territorio aggregato, rimarrebbero ancora dopo la separazione stessa cittadini dello stato al quale appartenevano prima; perchè codesta qualità non dipendeva per loro dal fatto dell'annessione, e la separazione non altro può togliere che quanto dall'aggregazione era stato dato; e perchè, d'altra parte, il solo avere stabilito il domicilio nel nuovo territorio non era un fatto di natura tale da privarli della cittadinanza di cui godevano nello stato antico (2).

Ma dove non ci sembra accettabile la teoria spiegata dal Laurent, è nella parte relativa al caso d'una cessione parziale del territorio d'uno stato ad un altro. Egli pensa doversi considerare come *naturali* del territorio ceduto, e soggetti quindi a mutare la cittadinanza, che prima avevano, in quella dello stato a cui è fatta l'aggregazione, *tutti coloro che siano nati nel territorio stesso ceduto*. Ma come si può attribuire conseguenze tanto importanti al fatto della nascita avvenuta in determinato luogo, sotto l'impero d'una

---

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 72, nⁱ 10, 11.
(2) V. Aubry e Rau, loc. cit., nᵃ 11; v. contro Demolombe, t. I, n. 178, 2°.

legislazione che non annette normalmente a simil fatto alcuna influenza sulla determinazione della cittadinanza di una persona? E neppure razionalmente un tale effetto della località della nascita parrebbe giustificabile. Il fatto d'esser nato in un luogo piuttostochè in un altro può essere accidentale, nè certo trae seco necessariamente la esistenza di quelle relazioni nel luogo stesso, che danno motivo ad attribuire la cittadinanza dello stato a cui venga riunito. Sarà nato nel territorio annesso taluno, che poco dopo sarà stato portato in altra parte dello stato a cui allora quel territorio apparteneva, ed ivi sarà rimasto stabilito sempre, senza conservare più col paese nativo altra relazione che della memoria d'avervi avuta la vita. Ora, secondo il sistema propugnato dal Laurent, costui non rimarrebbe cittadino dello stato dov'è domiciliato, dove ha la sua famiglia, dove ha riuniti tutti i suoi interessi; ma diverrebbe invece cittadino dello stato a cui viene riunito un territorio nel quale egli non ha più relazioni d'interesse, solo perchè vi nacque. Il Laurent ha criticato il Valette per aver detto, nel luogo già sopra citato, che se gli abitanti dei territori ceduti cangiano di nazionalità, è perchè *sono attaccati al territorio che rientra sotto una dominazione straniera, e perchè riconoscono un altro sovrano*. Nè manca di fondamento questa censura fatta ad espressioni tolte testualmente dall'opera del Pothier, e parte delle quali corrispondevano ad idee di altri tempi. Ma il Valette soggiungeva altre riflessioni, che a noi sembrano calzanti e irrepugnabili. Egli diceva: “ Se al “ momento in cui una provincia è staccata dalla Francia, “ gli abitanti originari di quella provincia si trovano sta- “ biliti sul territorio rimasto francese, continuano ad esser “ francesi essi pure. Come sarebbe concepibile, infatti, che “ queste persone divenute francesi, unite forse ad antiche “ famiglie francesi, rivestite fors'anche di funzioni pub- “ bliche in diversi punti del territorio conservato, aves- “ sero a divenire istantaneamente stranieri, in forza della “ cessione che la Francia avesse fatta di quell'angolo di

“ terra su cui esse son nate, ma che hanno abbandonato
“ senz'animo di ritornarvi? „

In fine, se è vero, com'è incontestabile, che nel determinare l'attribuzione della cittadinanza debbasi avere riguardo principalmente all'interesse delle persone a cui la legge la conferisce, non è poi da negarsi che l'interesse loro presumibile sia piuttosto di avere la nazionalità nel luogo dove abbiano stabilita la sede dei loro affari, che in quello dove sia avvenuta la loro nascita, ma che abbiano poi abbandonato. Ciò posto, la prevalenza del domicilio esistente al tempo in cui venga staccato da uno stato ed annesso ad un altro un dato territorio, per determinare la cittadinanza degli abitanti di esso, anzichè del luogo della loro nascita, è da riguardarsi, in mancanza d'una disposizione espressa di legge, come la più conforme ai principii fondamentali in questa materia.

Il professore Pacifici-Mazzoni proponeva una limitazione a questa regola, per le annessioni di territorio *aventi per base il principio di nazionalità*, dicendo che in tal caso l'annessione, secondo lo spirito del nostro diritto pubblico, *rende cittadini tutti i nazionali appartenenti al territorio annesso, quand'anche domiciliati fuori di questo*. Se non che, quando si parla di annessioni territoriali, s'intende riferirsi ai casi in cui si aggiungano allo stato territori, che non gli appartenevano, non già alla rivendicazione di territori spettanti per diritto alla nazione; ed è quindi alla prima, non alla seconda ipotesi, che riguardano le regole intorno alle quali abbiamo discorso finora. È ciò che ha fatto giustamente rilevare un altro scrittore nostro, il quale ha detto: “ Le *annessioni* spontanee, inspi-
“ rate dal sentimento nazionale, *non si riguardano come*
“ *addizioni del territorio d'un altro stato*, nel quale si com-
“ penetra: e invero sono opera di popoli e non di governi;
“ voti che si compiono, e non trattati che s'impongono.
“ Sotto questo aspetto, e in tale direzione, le *annessioni*
“ rassembrano il successivo ricomporsi della famiglia na-

" zionale, e lungi dall'essere *traslazioni politiche*, sono " rivendicazioni della propria nazionalità. Rispetto alla " unità d'Italia le *annessioni* non rappresentano che i " mezzi d'un grande riordinamento; laonde, ricomposta " la nazione, tutti gl'Italiani furono cittadini per *diritto* " *d'origine* „ (1).

La questione riguardante l'attribuzione dello stato di cittadinanza era risolta in questi casi coi principii del diritto pubblico, anzichè con quelli di diritto civile privato; e si comprende, nè certamente si potrebbe disapprovare la larghezza delle massime adottate in questo rapporto a favore degl'Italiani, ancorchè stabiliti in paese estero. Ma tutto ciò non concerne i principii di diritto civile da applicarsi alle mutazioni di stato di cittadinanza per gli abitanti d'un territorio straniero, che venga per qualunque causa acquistato dallo stato nostro. D'altro lato, se veramente l'opinione di Pacifici-Mazzoni fosse da adottarsi quale regola assoluta, dovrebbe seguirne — come egli stesso esplicitamente enunciava nella sua seconda edizione e ripeteva poi ancora nella terza — " che, per esempio, uno del Tirolo italiano, " che fosse domiciliato a Vienna nel giorno che quel paese " fosse annesso all'Italia, *divenisse cittadino italiano*, o vi- " ceversa *rimanesse estraneo all'Italia un Viennese domici-* " *liato nel Tirolo italiano* „ (2). Ora, se la prima di queste decisioni sarebbe ammissibile secondo lo spirito del nostro diritto pubblico, e secondo ragione, per favorire la nazionalità italiana di coloro che per forza rimasero disgiunti dalla patria comune; non ci sembra però altrettanto della seconda risoluzione. Per essa molte persone, che quantunque straniere d'origine, si sono da lungo tempo stabilite in territorio italiano, vi hanno contratte relazioni di famiglia, vi hanno riuniti tutti i loro interessi, anzi molti

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 10, § 109, vol. I, p. 169.
(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist. di dir. civ. Ital.*, 2ª ediz., vol. II, n. 28, nª 1, p. 33, 34.

ancora, che in ciò accettarono e continuarono il fatto dei loro genitori e degli avi, potrebbero trovarsi respinti dall'Italia, a cui quei territori fossero un giorno ricongiunti, e trovarsi costretti a riprendere la qualità di cittadini in un paese, che avevano assolutamente e definitivamente abbandonato, ed al quale non li lega più alcun vincolo di relazioni e d'interessi. Pare a noi che costoro, non ostante la loro origine straniera, potrebbero invocare il domicilio che conservassero nel territorio riunito al regno, affinchè i loro rapporti di cittadinanza avessero a considerarsi trasferiti allo stato al quale si ricongiungesse il territorio formante la sede dei loro interessi.

Conchiudendo, pensiamo che nei casi di vere e proprie annessioni di nuovo territorio allo stato, la sola regola da osservarsi sia questa: che la riunione di quel territorio al regno produca di pien diritto l'attribuzione della cittadinanza italiana a favore di quelle persone, che appartenendo per cittadinanza allo stato dal quale il territorio medesimo viene disgiunto, abbiano in questo, al tempo dell'annessione, il loro domicilio reale; ciò essendo necessario e sufficiente pel rispetto dovuto ai diritti acquisiti, ponendo così gli abitanti, rimpetto all'autorità che diviene sovrana nel loro paese, nella identica condizione in cui erano verso l'autorità che v'imperava anteriormente. E questa riflessione risponde, a parer nostro, all'unica obbiezione, apparentemente grave, che potrebbe farsi alla teoria da noi reputata preferibile. A qualcuno infatti può sembrare, a primo aspetto, infondato il ritenere esistente lo stato di cittadinanza in base al domicilio della persona, mentre il domicilio non è considerato in veruna delle disposizioni del codice concernenti la cittadinanza come elemento determinante l'attribuzione di tale stato. Ma su tale proposito basterà rammentare un principio, che accennammo come fondamentale al cominciare di questa trattazione; il principio, cioè, che col rendere gli abitanti del territorio disgiunto dallo stato, di cui prima faceva parte, cittadini del-

l'altro stato a cui quel territorio viene aggregato, non si conferisce veramente ad essi un nuovo stato personale di cittadinanza, ma solo si conserva quello che già prima avevano, rispettando il loro diritto acquisito; salvochè i rapporti relativi ne vengono trasferiti dall'uno all'altro stato politico, per la necessità derivante dal mutamento di sovranità nel territorio in cui quei rapporti debbono avere le loro applicazioni per gli abitanti di esso.

Ciò spiega come il domicilio, che certamente non potrebbe essere assunto come elemento determinante l'attribuzione d'un nuovo stato di cittadinanza — perchè lo stabilire il domicilio nel territorio d'uno stato, in cui non si abbia nazionalità, non è considerato dalla legge quale causa efficiente di naturalizzazione — valga però per determinare il luogo in cui le persone esercitano i diritti e compiono i doveri dipendenti dallo stato di cittadinanza, e qualora questo luogo sia in un territorio che venga distaccato da uno stato ed aggregato ad un altro, valga conseguentemente per dimostrare la necessità che i rapporti della cittadinanza appartenente a quelle persone si trasferiscano verso il nuovo stato, a cui vantaggio è fatta l'annessione, acciocchè i diritti quesiti delle persone medesime non rimangano pregiudicati.

58. Discendiamo ora alle cause individuali, per le quali si può acquistare, posteriormente alla nascita, la qualità di cittadino, e che formano subbietto delle disposizioni del codice civile.

Ad alcuna di queste cause di acquisto della cittadinanza avemmo già altrove occasione di accennare incidentemente. Vedemmo infatti come tra i diversi elementi, che possono dar luogo all'attribuzione della qualità di cittadino, nasca talvolta un conflitto, che la legge scioglie collo stabilire, sulla base delle più ragionevoli presunzioni, quale fra tali elementi abbiasi a ritenere predominante, e se perciò la persona debbasi considerare come cittadina o come stra-

niera. Vedemmo però altresì come la legge nostra abbia giustamente deferito assai, in questo argomento, alla volontà individuale; e però in questi casi di dubbio abbia lasciata libera facoltà alla persona, ch'essa reputa cittadina, di eleggere la qualità di straniero, ed a quella, che reputa straniera, di eleggere in vece la qualità di cittadino (1). E siccome queste elezioni non retroagiscono coi loro effetti fino alla nascita della persona, ma prendono efficacia soltanto dal giorno successivo a quello in cui furono adempiute le condizioni e formalità stabilite all'uopo dalla legge (art. 15 cod. civ.), così vediamo già tracciata una prima categoria delle cause per le quali si può avere cittadinanza acquisita, dipendentemente cioè dalla *elezione*.

Prossima a questa ed analoga, viene poi l'altra causa consistente nel *riacquisto della cittadinanza*. Chi ha perduto una volta la qualità di cittadino ch'egli aveva, qualunque possa essere stata la causa per la quale ne è decaduto, è posto oramai nelle condizioni comuni a qualunque straniero. La legge però, per motivi che svilupperemo a luogo opportuno, gli permette di ricuperare la cittadinanza, sotto condizioni diverse giusta la natura dei motivi pei quali ne subì la privazione. Ma questo riacquisto non può avere effetto retroattivo (art. 15 cod. civ.). Esso si risolve adunque veramente in una specie di acquisto della cittadinanza, sebbene dipendente da condizioni e da norme affatto speciali.

Terza causa di acquisto della cittadinanza è il matrimonio, pel quale la donna seguendo la condizione del marito, acquista la cittadinanza se questi è cittadino.

L'ultimo modo pel quale si può avere cittadinanza acquisita, è finalmente la *naturalità*, che un straniero ottenga per legge o per decreto reale.

---

(1) V. sopra, n. 40.

A.

Della cittadinanza acquisita per elezione.

SOMMARIO. — 59. A quali persone sia data facoltà di eleggere per sola volontà loro la qualità di cittadino. — 60. Modi e condizioni, a cui è sottoposta questa elezione quando sia espressa. — 61. Da quali fatti possa risultare l'elezione tacita.

59. La facoltà di eleggere la qualità di cittadino — acquistando così la cittadinanza senza bisogno di chiedere, come qualunque altro straniero, la concessione della *naturalità* — è data dalla legge nostra a quelle persone, rispetto alle quali gli elementi da cui si può desumere la cittadinanza trovansi in un conflitto, pel cui scioglimento giova riferirsi alla scelta, che si faccia dalle stesse persone interessate, dell'una piuttosto che dell'altra nazionalità.

Accade infatti talvolta che, considerata soltanto la importanza rispettiva di questi elementi in conflitto, sarebbe da attribuirsi la prevalenza a quelli che indurrebbero a riputare certe persone come straniere; ma gli elementi opposti mantengono tuttavia abbastanza di forza perchè, quando ad essi si congiunga la chiara manifestazione della volontà delle persone stesse d'essere invece cittadini, sia ragionevole seguire questa loro volontà. Tutto ciò ha una più ampia spiegazione dalle cose esposte superiormente, alle quali basta qui il riferirci (1).

Le persone, alle quali il nostro codice attribuisce questa facoltà di eleggere la qualità di cittadino, sono pertanto:

1° quelle che, sebbene procedenti da genitori che furono un tempo cittadini, e perdettero questa qualità prima della nascita dei figli, sono però riputate straniere, perchè nate in paese estero (art. 6, § 2° e 3° e 7, § 2° codice civile);

---

(1) V. n. 40, 58.

2° quelle che, sebbene nate nel regno da genitore straniero, ma qui domiciliato, sono tuttavia riputate straniere esse pure, perchè il domicilio del loro genitore non era fissato nel regno da *dieci anni non interrotti* quando la loro nascita avvenne (art. 8, § 3° cod. civ.).

Quanto alla prima di queste due classi di persone, sembra certo che il benefizio medesimo, concesso dai citati articoli al figlio nato in paese estero da un ex-cittadino, debbasi estendere, per identità di motivi, e secondo lo spirito delle disposizioni del nostro codice, al figlio nato da un ex-cittadino nel regno, dove però non risieda. Poichè, infatti, è solamente il concorso delle circostanze *della nascita e della residenza nel regno*, che fa riputar cittadino il figlio di chi perdette la cittadinanza prima della nascita di lui (art. 5, § 1° cod. civ.) (1), ne segue necessariamente che il figlio dell'ex-cittadino sia invece riputato straniero, tanto se sia nato all'estero, quanto se essendo nato nel regno non vi abbia però la sua residenza; quantunque l'art. 6, § 1° esprima questa massima soltanto pel figlio nato dall'ex-cittadino in paese estero (2). Il che posto, sarebbe poi assurdo ed inammissibile che chi è reputato straniero, sebbene nato da un ex-cittadino, potesse eleggere la qualità di cittadino quando fosse nato e residente all'estero, come espressamente lo dichiara l'articolo 6, e non gli spettasse questa facoltà quando, essendo nato nel regno, avesse all'estero la residenza.

Fu ritenuto da altri potersi acquistare la cittadinanza per elezione dal figlio dell'ex-cittadino, *tanto se sia nato in paese estero, quanto se sia nato nel regno;* dicendo che quel figlio " è straniero, perchè nato da straniero, e gode " del diritto di eleggere la cittadinanza italiana, perchè il " genitore, di cui segue la condizione, fu già cittadino „ (3).

---

(1) V. sopra, n. 46.
(2) V. Ricci, vol. I, n. 13.
(3) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, 3ª ediz., vol. II, n. 25, nª 2.

Tale proposizione, però, non può accettarsi per vera, se non supponendo, come dicemmo, che il figlio dell'ex-cittadino, qualora sia nato nel regno, abbia la sua residenza all'estero. Se risiede nel regno, oltre d'esservi nato, gli è attribuita senz'altro per legge, secondo l'espressa disposizione dell'art. 5, § 1° *la qualità di cittadino*, della quale perciò non può esser caso ch'egli abbia a fare l'acquisto per elezione. È, all'opposto, la qualità di straniero, che lo stesso articolo 5, nel secondo paragrafo, gli lascia la facoltà di eleggere.

Ma se il figlio dell'ex-cittadino, quantunque nato nel regno, risiede in paese estero, non ha la cittadinanza per diritto di nascita, in virtù dell'articolo 5; ed essendo perciò *reputato straniero*, non meno che se fosse nato in paese estero, può eleggere la qualità di cittadino, invocando le disposizioni dei paragrafi 2 e 3 dell'articolo 6, per le ragioni sopraccennate; sebbene quell'articolo contempli espressamente il solo caso, del " *figlio nato in paese estero* " da padre che ha perduta la cittadinanza prima del suo " nascimento ".

Quanto alla seconda delle classi di persone sopra indicate, è osservabile che nella disposizione del terzo paragrafo dell'articolo 8, espresso così: " Ove lo straniero non " abbia fissato da dieci anni il suo domicilio nel regno, il " figlio è riputato straniero, ma gli sono applicabili le " disposizioni dei due capoversi dell'articolo 6 " si suppone sempre che lo straniero avesse fissato nel regno il suo domicilio al momento almeno della nascita del figlio, e che questa nascita sia avvenuta nel regno stesso. Ciò emerge chiaramente dal ravvicinamento di questo paragrafo col primo del medesimo articolo, dove si dichiara cittadino *il figlio nato nel regno da straniero che vi abbia fissato il suo domicilio da dieci anni non interrotti.* Onde si scorge, che l'unica differenza, in virtù della quale il figlio d'uno straniero, in luogo d'essere senz'altro riputato cittadino, è ammesso soltanto ad eleggere questa qualità, consiste

nel non essere decennale il domicilio del genitore di lui nel regno; ma si mantengono sempre come indispensabili le condizioni, che il genitore straniero abbia domicilio nel regno, e che il figlio vi nasca.

Pertanto, chi nascesse nel regno da uno straniero, il quale non vi avesse stabilito il suo domicilio, o nascesse in paese estero da uno straniero domiciliato nel regno, non sarebbe considerato cittadino, nè potrebbe eleggere questa qualità. Egli sarebbe nelle condizioni comuni a tutti gli stranieri, e come ad essi, non gli sarebbe aperta altra via che l'ordinaria per acquistare la *naturalità* italiana.

I modi e le condizioni prescritte dalla legge per la elezione della cittadinanza, sono perfettamente uguali, tanto pel figlio dell'ex-cittadino, secondo le disposizioni dei due ultimi paragrafi dell'art. 6, quanto pel figlio dello straniero nel caso contemplato dal paragrafo ultimo dell'art. 8.

60. L'elezione della qualità di cittadino, nei casi suaccennati in cui è ammessa, può farsi così espressamente, come tacitamente col mezzo dei fatti a quest'uopo designati in modo tassativo dalla legge.

L'elezione espressa si fa mediante dichiarazione davanti l'uffiziale dello stato civile della propria residenza, se già la si ha nel regno, e trovandosi all'estero, davanti i regii agenti diplomatici o consolari (art. 5, § 2°, 6, § 2°, e 8, § 3° comb. e art. 44, n° 1 e 46 del R. Decr. 15 nov. 1865 sull'ordinameneto dello stato civile).

L'efficacia di tale elezione dipende però dalle due condizioni seguenti:

1° che il dichiarante abbia raggiunta la maggiore età secondo le leggi del regno, nè sia oltrepassato l'anno dal giorno in cui l'ha compiuta (art. suddetti, 5, § 2° e 6, § 2° comb.);

2° Che entro l'anno dalla fatta dichiarazione il dichiarante stesso fissi il suo domicilio nel regno (d° art. 6, § 2° in f.).

Dalla prima di queste condizioni deriva, che non avrebbe effetto alcuno la dichiarazione, che si fosse fatta prima di avere compiuto il 21° anno (art. 323 cod. civ.) salvo il poterla rinnovare a tempo debito; e che trascorso un anno dal compimento del 21° di età, sarebbe preclusa la via ad acquistare la cittadinanza col mezzo dell'elezione, e solo potrebbesi ottenere la naturalità nei modi comuni a tutti gli stranieri.

La maggiore età è determinata anche qui *secondo le leggi del regno*, come risulta manifestamente dal riferimento illimitato che fa il § 2° dell'art. 6 al precedente art. 5. — Se ciò non fosse, sarebbesi forse dovuto, secondo i principii generali di diritto internazionale privato, applicare una massima contraria; poichè trattandosi di persone ritenute straniere, e che rimangono tali fino a quando non abbiano fatta la elezione, che la legge lascia in loro facoltà per divenire cittadine, sarebbe colle leggi dello stato, a cui tali persone son riputate appartenere fino a quel tempo, che dovrebbesi determinare la maggiore età di esse (art. 6 dispos. prelim.). — Tale almeno era l'opinione professata da parecchi illustri giureconsulti sotto il codice francese, che non aveva in proposito veruna disposizione espressa. Commentando l'art. 9 di quel codice, che stabiliva potersi reclamare la qualità di francesi dagli individui nati in Francia da genitori stranieri, purchè lo facessero *entro l'anno susseguente alla loro maggiore età*, quegli autori sostenevano doversi stabilire questa maggiore età secondo le leggi personali dei reclamanti stessi; osservando essere necessaria una piena capacità per cangiare di nazionalità, e lo straniero non essere legalmente capace finchè non abbia raggiunta la maggiorità fissata dal suo statuto personale (1). Altri dicevano in contrario, non potersi

(1) V. VALETTE sur PROUDHON, t. I, chap. XI, sect. II, p. 180, nª (*a*); MARCADÉ, art. 9, § II, t. I, n. 115*bis*; DEMOLOMBE, t. I, n. 165; LAURENT, t. I, n. 336, 342.

ammettere che i redattori del codice avessero voluto far dipendere dalle differenti disposizioni di leggi straniere il termine durante cui potesse essere reclamato un favore accordato dalla legge francese (1). Un nostro scrittore, riconoscendo che, giusta l'articolo 6 del codice italiano, l'elezione della qualità di cittadino debba farsi da chi è reputato straniero *entro l'anno dall'età maggiore determinata secondo le leggi del regno*, giustifica questa disposizione dicendo, che *non conveniva al legislatore italiano di non ritenere maggiori a ventun anni, coloro che autorizzava a divenire cittadini italiani;* e che, d'altra parte, neppur chi sarebbe maggiore prima dei ventun anni, secondo la legge sua personale, è ammesso ad eleggere la qualità di cittadino (2). Ma la questione sta tutta nell'essere, o no, conforme ai principii generali la disposizione, che stabilisce doversi determinare *secondo le leggi del regno* la maggiore età d'una persona, la quale, se è *autorizzata ad eleggere la qualità di cittadino*, è però tuttora straniera all'atto di tale elezione; e cotesta questione non varia, sia poi che la legge personale di chi è reputato straniero fissi la maggiore età a più od a meno di ventun anni; e sembra poi ben difficile a comprendersi il perchè *non convenisse al legislatore italiano* di applicare anche in questo rapporto la regola generale da lui stesso proclamata nell'art. 6 delle disposizioni generali premesse al codice civile.

Pel resto, comunque sia di ciò in diritto costituendo, non pare potersi revocare in dubbio, che essendo conceduta nell'articolo 6, al figlio nato in paese estero da un ex-cittadino, la facoltà di eleggere la qualità di cittadino, *purchè ne faccia la dichiarazione a norma dell'articolo precedente*, ed ivi essendo determinato che l'elezione potrà farsi *entro l'anno dall'età maggiore determinata se-*

---

(2) V. Delvincourt, t. I, p. 22, nª 1; Duranton, t. I, n. 129; Zachariæ, t. I, § 69, nª 4; Aubry e Rau, t. I, § 70, nª 5.

(3) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist. di dir. civ.*, 3ª ediz., t. II, n. 26, nª 1.

condo le leggi del regno, si dovrà sempre ritenere come punto di partenza il compimento del 21° anno, quantunque possa essere stabilita ad una età meno o più avanzata la maggiorità, secondo le leggi del paese al quale il dichiarante è riputato appartenere prima della sua elezione.

Della seconda condizione fu addotto il seguente motivo: " Colla dichiarazione la legge richiede un fatto positivo, " che dimostri la seria intenzione di voler usare della qua- " lità di cittadino, il fatto cioè del domicilio o della resi- " denza già fissata nel regno, o da fissarsi entro un deter- " minato tempo „ (1). È questa pertanto una garanzia prudentemente richiesta dalla legge, affinchè non si possa con una semplice dichiarazione acquistare tutti i diritti di cittadino, sottraendosi agli oneri correlativi col mantenere il proprio stabilimento all'estero. Vero è, che chi già gode della cittadinanza può, senza perderla, stabilirsi in paese straniero; e lo potrà pure chi abbia una volta acquistata la qualità di cittadino a tenore degli articoli 6, § 2° ed 8, § 3°: ma ciò non avverrà fuorchè eccezionalmente, per motivi particolari, che rendano d'interesse di qualche cittadino lo stabilirsi all'estero. Ora, non sarebbe stato un saggio partito il tradurre in regola l'eccezione, permettendo a tutti i figli di ex-cittadini di acquistare la cittadinanza senza stabilirsi nel regno. — Sarebbe poi inesatto l'opporre che sarà facile eludere la disposizione della legge, facendo all'uffizio di un comune del regno la dichiarazione di stabilimento del domicilio, senza trasferirvi effettivamente la propria residenza; poichè è un principio fondamentale, espressamente sanzionato dall'articolo 17 del codice civile, che il cangiamento di domicilio consta necessariamente di due elementi, *il fatto* del trasferimento della residenza in un luogo, e *l'intenzione* di fissarvi la sede principale, e la dichiarazione non serve che *a prova della volontà*; sicchè a nulla varrebbe questa intenzione, sebbene

---

(1) V. *Relazione* Pisanelli, § I, pag. 3.

espressamente manifestata, se non le si riunisse il fatto del trasferimento della residenza nel luogo in cui si è dichiarato di volere stabilire il proprio domicilio.

61. Oltre l'elezione espressa, che può farsi sotto le condizioni e nei modi fin qui dimostrati, è ammessa anche l'elezione tacita della qualità di cittadino da parte del figlio nato in paese estero da chi ha perduto la cittadinanza prima del nascimento di lui.

I fatti da cui questa tacita elezione può dedursi sono determinati dall'ultimo paragrafo dell'art. 6, colla seguente disposizione: " Però se egli ha accettato un impiego pub-
" blico nel regno, oppure ha servito o serve nell'armata
" nazionale di terra o di mare, od ha altrimenti soddisfatto
" alla leva militare, senza invocarne esenzione per la qua-
" lità di straniero, sarà senz'altro riputato cittadino „.

E veramente in ognuno di questi fatti si rivela evidente la volontà di assumere la qualità di cittadino italiano, non meno che se ne fosse fatta dichiarazione espressa.

Sotto nome d'impieghi pubblici, la cui accettazione importa tacitamente l'elezione della cittadinanza, sembra che debbansi intendere tutte quelle funzioni pubbliche, politiche, amministrative o giudiziarie, assumendo le quali, mentre si presta un servigio al paese, si dimostra insieme la volontà di stabilirsi nel regno. Ciò essendo, infatti, è manifestamente giusto il considerare l'accettazione di tali uffici come equivalente alla dichiarazione di voler essere cittadino.

Al servizio effettivo, prestato, o che attualmente si presti nell'armata nazionale, si parifica *l'avere altrimenti soddisfatto alla leva militare, senza invocare esenzione per la qualità di straniero*; quand'anche, per esempio, siasi avuta la riforma per difetti personali, o siasi addotta ed ottenuta esenzione per qualche causa, che anche gli altri cittadini avessero potuto invocare a tenore di legge.

Quando si verifichi qualcuno de' fatti contemplati in questa disposizione, il figlio dell'ex-cittadino è *senz'altro*

riputato cittadino; e non è necessario, nè che quei fatti siansi verificati dopo la maggiore età del figlio medesimo ed entro l'anno dal compimento di essa, nè che siasi fissato il domicilio nel regno.

Ma quei fatti, espressamente designati dalla legge, sono d'altra parte i soli, da cui si possa dedurre la tacita elezione della qualità di cittadino, nè sarebbe lecito il desumerla da altre circostanze. Non verificandosi i casi contemplati in via di eccezione dal § 3° dell'articolo 6, si ritorna alla regola generale stabilita nel precedente § 2°, secondo cui la elezione della cittadinanza deve farsi mediante dichiarazione davanti l'uffiziale dello stato civile, colle norme determinate nell'articolo 5.

B.

Del riacquisto della cittadinanza.

Sommario. — 62. Casi in cui può farsi luogo al riacquisto della cittadinanza. — 63. Ragioni della diversità di condizioni apposte dalla legge, in ciascuno di quei casi, a tale riacquisto. — 64. Condizioni alle quali può riacquistare cittadinanza chi l'abbia perduta per alcuno dei motivi espressi nell'art. 11 cod. civ. — 65. Quando e come possano riacquistare cittadinanza i figli minori di colui che l'abbia perduta. — 66. Quando e come riacquisti cittadinanza la donna divenuta straniera pel matrimonio contratto con uno straniero, o per la perdita della cittadinanza fatta dal marito di lei.

62. Nella nostra legislazione si stimò conveniente di avere riguardo alla condizione di coloro che, sebbene attualmente privi della qualità di cittadini, ne furono però altra volta rivestiti; non limitando per essi ai soli mezzi concessi a qualunque straniero il conseguimento della cittadinanza, ma aprendo loro a tal uopo altre vie più facili, e dipendenti unicamente dalla loro volontà. Di ciò fu addotta dalla Commissione senatoria questa sola ragione che " madre benigna, la patria accoglie indulgente i figli " che al suo seno fanno ritorno ".

Altri ha considerato, che la facoltà di riacquistare la cittadinanza perduta non sia che una conseguenza logica del diritto riconosciuto dalla nostra legge ai cittadini, di spogliarsi volontariamente di questa qualità; ed ha detto, che rendendo irrevocabili gli effetti della perdita della cittadinanza, si verrebbe a stabilire una pena per l'esercizio legittimo di un diritto, e si rimetterebbe in vigore il principio di considerare gli uomini come legati perpetuamente al territorio in cui vivono. Ma questa ragione è manifestamente infondata, come forse può parere non molto profonda quella che fu addotta dalla Commissione del Senato.

Non bisogna dimenticare il principio, quanto semplice altrettanto certo, che chi ha perduto la qualità di cittadino si trova allora nelle condizioni stesse di chi fu sempre straniero. Nè egli potrebbe ragionevolmente affermare di subire una pena, perchè non gli si concedessero maggiori favori che ad un qualunque forestiero, nè dire che si fosse ricostituito il sistema feudale perchè fossero rese perfettamente comuni anche a lui le condizioni di coloro fra i quali egli volle annoverarsi rinunziando alla propria patria. Se però la legge nostra volle distinguere dagli altri stranieri quelli che ebbero un tempo la qualità di cittadini, e non costringerli a ridomandare la naturalità coi mezzi ordinari, ma porre a loro disposizione modi più pronti, più facili, e dipendenti soltanto dal voler loro, ciò è giustificato da considerazioni abbastanza gravi. Esse consistono nelle relazioni di famiglia, d'interessi, di affetto, che possono legare ancora allo stato nostro chi ha perduta la cittadinanza. Sicchè quando le cause per cui questa perdita fu incorsa vengano rimosse, e quando d'altra parte sia accertata la seria volontà della persona di riprendere la sua condizione primitiva, sopportandone i pesi, come ne godrà i vantaggi, diviene giusto e savio il restituirle la perduta qualità, senza esigere condizioni più gravose di quelle, sotto le quali, per ragioni simili, ma senza dubbio meno

importanti, è concesso di acquistare la cittadinanza al figlio nato in paese estero da un ex-cittadino.

63. Da quanto fu detto ora emerge una condizione necessaria in qualunque caso pel riacquisto della cittadinanza; che cioè siano cessate le cause per le quali se ne incorse la perdita.

Altre condizioni particolari sono inoltre richieste, diverse secondo le cause differenti per le quali si sia subìta la privazione della qualità di cittadino.

Queste cause possono infatti consistere, come vedremo appresso, o nella sola e diretta volontà della persona, la quale abbia rinunziato alla cittadinanza espressamente o tacitamente con qualcuno dei fatti contemplati nell'articolo 11 del codice civile; ovvero nel fatto del matrimonio di una cittadina con uno straniero, o finalmente nella qualità di moglie o figlio minore di chi ha perduta la qualità di cittadino (art. 11, § pen.° cod. civ.). Ora è evidente, che le condizioni da prescriversi pel riacquisto della cittadinanza dovevano essere più rigorose nel primo caso, in cui la persona ha volontariamente e direttamente abbandonato la propria patria, che negli altri, in cui la volontà individuale, o non ebbe parte alcuna, o concorse solo indirettamente nella perdita della qualità di cittadino.

64. Chiunque abbia perduta la cittadinanza per qualcuna delle cause espresse nell'articolo 11 del codice civile, cioè per rinunzia espressa, o per avere ottenuta la naturalità in paese estero, od avere, senza permissione del governo italiano, accettato un impiego da governo straniero, od assunto il servizio militare presso estera potenza, è ammesso a ricuperare la qualità perduta, purchè adempia alle seguenti condizioni:

1° che faccia cessare quelle cause, per le quali incorse la privazione della cittadinanza, cioè rinunzi alla cittadi-

nanza straniera, all'impiego od al servizio militare che aveva accettato in paese estero;

2° che rientri nel regno con permissione speciale del governo;

3° che dichiari davanti l'uffiziale dello stato civile di fissare, e fissi realmente entro l'anno il suo domicilio nel regno (art. 13 cod. civ.).

La prima di queste condizioni non può abbisognare di molte parole per essere giustificata. È troppo evidente che sarebbe inammissibile qualunque dichiarazione di volere ridivenir cittadino, finchè si lasciassero sussistere le cause, che produssero la perdita di questa qualità.

La rinunzia alla cittadinanza straniera, all'impiego o servizio militare in paese straniero, dev'essere seria, esente da qualunque vizio di frode o simulazione. Di ciò non permettono di dubitare i principii generali di diritto; e fu per questo che non venne accolta dalla Commissione coordinatrice la proposta fatta da uno dei commissari, di aggiungere nel numero 2° dell'articolo 13 alla parola — *rinunzi* — l'altra — *efficacemente* — (1).

Si volle, in secondo luogo, che la facoltà di rientrare a far parte della grande famiglia nazionale fosse subordinata ad una speciale autorizzazione governativa, acciocchè fosse così prevenuto il pericolo che al riacquisto della cittadinanza s'intendesse per mire occulte, disoneste, minacciose alla sicurezza dello stato od all'ordine delle famiglie. E lo speciale permesso del governo sarebbe necessario anche per chi già si trovasse nel regno, ma volesse che la residenza ch'egli vi ha, congiunta all'intenzione di fissarvi la sede principale dei propri affari ed interessi, gli valesse a ricuperare la perduta cittadinanza. A questa massima non si oppone la espressione usata nel n° 1° dell'articolo 13 " *rientri* nel regno con permissione speciale del governo „ chè tale permissione non è veramente necessaria

(1) V. *Proc. verb.*, n. 3, § V, pag. 42.

pel fatto materiale di rientrare nel regno, ma solo affinchè la residenza riattivata o conservata in esso, col concorso delle altre condizioni volute dalla legge, possa costituire il fondamento giuridico del riacquisto della cittadinanza. In questo senso fu sciolto giustamente il dubbio, che venne sollevato a tale proposito davanti alla Commissione di coordinazione (1).

Quanto, in fine, alla terza condizione, che cioè l'intenzione di fissare il proprio domicilio nel regno, non solo sia dichiarata davanti l'uffiziale dello stato civile del luogo dove s'intende di stabilirsi, ma si effettui col prendervi realmente il domicilio entro l'anno dalla fatta dichiarazione, i motivi non ne sono diversi da quelli che già furono dimostrati rispetto alla uguale condizione imposta dall'articolo 6, § 2° al figlio nato in paese estero da un ex-cittadino, e che elegga la qualità di cittadino (2).

Tutte tre le condizioni fin qui dimostrate devono concorrere, acciocchè si faccia luogo al riacquisto della cittadinanza. I motivi, pei quali ciascuna di queste condizioni fu stabilita, e il testo medesimo dell'articolo 13, che non ammette la ricupera della cittadinanza fuorchè quando esse tutte siano adempiute, sono sufficienti a rimuovere qualunque dubbio a tale proposito (3).

65. Avendo il nostro codice stabilito il principio, che i figli minori di chi perde la cittadinanza debbano insieme con lui divenire stranieri, salvo che abbiano continuato a tenere la loro residenza nel regno (art. 11, paragrafo penultimo cod. civ.), doveva però considerare questi figli — della cui nazionalità è permesso al padre di potere in tal modo disporre — sotto il duplice aspetto di *cittadini che hanno perduta la cittadinanza*, e di *figli di un ex-cittadino*. E se da una parte era impossibile negar loro

(1) V. *Proc. verb.*, n. 3, § V, pag. 43.
(2) V. sopra, n. 60, p.
(3) V. *Proc. verb.*, n. 3, § V, p. 42.

quella facoltà di riacquistare la cittadinanza, che si concede anche a chi l'abbia perduta per fatto proprio personale, d'altra parte poi nel determinare i modi di tale riacquisto non potevasi porre il figlio, che nacque cittadino, ma per fatto del padre perdette poscia questa qualità, in una condizione deteriore a fronte di quella, che è fatta dalla legge al figlio nato in paese estero da un ex-cittadino, qualora voglia acquistare la cittadinanza che in origine non ebbe.

Da queste considerazioni fu motivata la disposizione dell'ultimo paragrafo dell'articolo 11; il quale permette ai figli di colui che ha perduta la cittadinanza durante la loro minore età, e divenuti quindi essi stessi stranieri, di potere riacquistare la qualità di cittadini *nei casi e modi espressi nei due capoversi dell'art.* 6. La volontà, da parte di questi figli, di ricuperare la cittadinanza da essi perduta insieme al padre loro, e per fatto di lui, può essere quindi *espressa* o *tacita;* e quanto ai modi in cui si possa fare la dichiarazione espressa, ed ai fatti dai quali sia deducibile la volontà tacita, non abbiamo che a riferirci alle massime esposte superiormente, spiegando le disposizioni di quei due ultimi paragrafi dell'articolo 6. Noteremo soltanto, che questi figli sono giustamente posti in condizione migliore di quella che spetta, in virtù dell'articolo 13, a chi *per fatto proprio* abbia perduta la cittadinanza; inquantochè basta che giunti alla maggiore età secondo le leggi del regno, e prima che passi un anno, facciano davanti all'uffiziale dello stato civile la loro dichiarazione, ed entro un anno da essa fissino poi realmente nel regno il loro domicilio, senza bisogno di ottenere una speciale permissione dal governo; ed inoltre i fatti contemplati nell'ultimo paragrafo dell'articolo 6, cioè di avere accettato un pubblico impiego nel regno, o di avere servito o servire nell'armata nazionale, o di avere soddisfatto comunque alla leva militare, senza invocarne esenzione per la qualità di stranieri, attribuiscono loro senz'altro il riacquisto della cittadinanza.

Però, quando essi non avessero approfittato di questo beneficio, quando avessero lasciato trascorrere l'anno dalla maggiore età senza fare la dichiarazione prescritta dall'articolo 6, § 2°, nè d'altronde si trovassero in alcuna delle condizioni speciali previste dall'ultimo paragrafo del medesimo articolo, potrebbero tuttavia giovarsi in qualunque tempo dell'altra disposizione dell'articolo 13, rientrando nel regno con permissione speciale del governo, facendo davanti l'uffiziale dello stato civile la dichiarazione di fissare nel regno il domicilio, e fissandovelo realmente entro l'anno; poichè, avendo essi avuta la cittadinanza per diritto di nascita, ed avendola perduta per fatto del proprio padre, sono nella precisa condizione prevista dal detto articolo, di *cittadini che hanno perduto la cittadinanza per uno dei motivi espressi nell'articolo* 11.

Non intendiamo dire con ciò che il nostro legislatore, nel dettare la disposizione dell'art. 13, abbia avuto precisamente in pensiero anche questo caso particolare, dei figli minori di chi abbia perduta la cittadinanza; caso che aveva già contemplato e regolato con una disposizione diversa nell'ultimo alinea del precedente articolo 11. Anzi è manifesto, che nell'articolo 13 si aveva specialmente in mira la condizione di colui che avesse perduta la cittadinanza per fatto suo personale, per propria volontà espressamente o tacitamente manifestata. Tant'è, infatti, che gli s'impone di rinunziare alla cittadinanza che abbia ottenuta in paese estero, all'impiego che abbia accettato, al servizio militare che abbia assunto presso una potenza estera, senza permissione del governo italiano; pei quali fatti appunto sia incorso nella perdita della cittadinanza, a tenore dell'art. 11, n[i] 2 e 3. Ad ogni modo, è pur vero che i termini, in cui è concepito il primo paragrafo dell'art. 13, sono abbastanza generali, per potervi far rientrare anche il caso di chi in minore età abbia perduta la cittadinanza per fatto del padre proprio; è vero eziandio che al caso predetto possono essere applicabili le condizioni

tutte stabilite dal medesimo articolo pel riacquisto della cittadinanza, non esclusa quella indicata nel nº 2º, essendo anzi naturale che qualora il figlio abbia ottenuto insieme al padre la cittadinanza straniera, debba rinunziarvi per potere riacquistare la cittadinanza italiana; è vero, in fine, che non può trovarsi contraddizione alcuna nel concedere al figlio di ricuperare la cittadinanza fattagli perdere dal padre suo, adempiendo le condizioni più gravi stabilite dall'articolo 13, qualora non abbia approfittato in tempo utile delle facilitazioni che gli concedeva l'art. 11, § ult., e che all'opposto una incongruenza vi sarebbe nel negare al figlio di poter riacquistare in qualunque tempo la cittadinanza involontariamente perduta, mentre lo si concede al padre, che se n'è spogliato per fatto proprio, e mentre possono essersi verificate, dopo compiuto l'anno della maggiore età del figlio stesso, le circostanze che lo inducano a ricuperare la cittadinanza perduta (1).

66. Dal principio che *la moglie segue la condizione del marito* (art. 131 cod. civ.) si è dedotto dal nostro codice, che non solo la donna cittadina maritandosi ad uno straniero diviene straniera, quando col fatto del matrimonio acquisti la cittadinanza del marito (art. 14 cod. civ.), ma che anche la moglie di colui che perde la cittadinanza diventa straniera, se non continua a tenere la propria residenza nel regno (art. 11, § pen.º cod. civ.).

Divenute così straniere, o pel fatto stesso del matrimonio, o pel fatto del marito, queste donne, quand'anche rimangano vedove, non riacquistano già per ciò solo la cittadinanza che hanno perduta. Ma la legge ha voluto facilitare in loro favore questo riacquisto, offrendone un mezzo dipendente unicamente dalla loro volontà, senza bisogno di veruna autorizzazione governativa, e purchè solo dimostrino di volerlo seriamente, trasferendo di nuovo

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, 3ª ediz., vol. II, n. 44, nª 4.

la loro residenza nel regno, se già non ve l'abbiano, e dichiarando, tanto nell'uno che nell'altro caso, davanti l'uffiziale dello stato civile, di volervi fissare il proprio domicilio (art. 14, § 2° cod. civ.); il qual fatto del trasferimento della residenza, congiunto all'intenzione legalmente dichiarata di fissare qui la sede principale dei propri affari ed interessi, costituirà un vero ristabilimento di domicilio nel regno (art. 17 cod. civ.), che è poi in sostanza la sola condizione che si chiegga in questo caso alla vedova acciocchè riacquisti la cittadinanza perduta. Ciò essendo concesso alla donna divenuta straniera pel fatto volontario del matrimonio, in cui essa legavasi con uno straniero, a maggior ragione dovevasi estendere a colei, che maritatasi con un cittadino, avesse poi dovuto seguire la condizione del marito divenuto straniero durante il matrimonio. È perciò che, secondo il disposto nell'ultimo paragrafo dell'articolo 11, la moglie di colui che ha perduto la cittadinanza può riacquistarla *nei casi e modi espressi nel capoverso dell'articolo* 14; ove è detto, riguardo alla cittadina divenuta straniera pel matrimonio contratto con uno straniero, che " Rimanendo vedova, " ricupera la cittadinanza se risieda nel regno o vi rientri, " e dichiari in ambidue i casi davanti l'uffiziale dello " stato civile di volervi fissare il suo domicilio ".

Al caso di vedovanza della donna, che perdette la cittadinanza pel fatto del matrimonio con uno straniero, dovrebbesi parificare quello in cui il matrimonio da essa contratto fosse disciolto pel divorzio, permesso dalle leggi del paese a cui il marito appartenesse, e da cui quindi lo stato personale dei coniugi fosse regolato.

È vero che il testo parla unicamente della donna *rimasta vedova;* ma il motivo della disposizione è fondato evidentemente sul fatto d'essere essa *rimasta libera* dal vincolo coniugale, ch'era stato causa di farle perdere la qualità di cittadina; fatto che si verifica pel divorzio — qualora questo sia pronunciato in virtù delle leggi che regolano

lo stato personale dei coniugi — non meno che per la morte del marito. E se quest'ultimo fatto soltanto fu previsto nel testo, è perchè costituisce la causa generale di scioglimento del matrimonio, e l'unica che sia ammessa dalla legge nostra (art. 148 cod. civ.). Ma ciò non esclude, che quando eccezionalmente si verifichi un'altra causa di scioglimento del vincolo coniugale, essendovi identità di motivi, debba ammettersi egualmente la donna a ricuperare lo stato di cittadinanza, che ha perduta unicamente per una causa ormai affatto cessata (1).

Se invece si trattasse di annullazione del matrimonio, la donna non avrebbe bisogno di *ricuperare* la cittadinanza; imperocchè non ne avrebbe subìta la perdita, che è virtualmente e necessariamente subordinata alla validità del matrimonio che avrebbe a produrla. Nè a questa massima osterebbe che il matrimonio nullo fosse stato contratto *in buona fede*, sicchè producesse tuttavia gli effetti civili a tenore dell'articolo 116 del cod. civ.; poichè gli *effetti civili*, di cui parla quest'articolo, sono quelli che riguardano i *rapporti privati* tra i coniugi, e tra i genitori ed i figli, mentre la perdita della qualità di cittadina, che l'art. 14 del codice civile infligge a colei che si mariti ad uno straniero, riguarda i rapporti tra la persona e lo stato di cui era appunto cittadina. E si comprende, che facendo eccezione al principio generale — secondo cui la conseguenza d'ogni giudicato, che annulli un atto, è di farlo considerare come non esistito giuridicamente fin da principio, e privo perciò inizialmente di qualsiasi effetto legale, — ed avendo riguardo alla protezione che merita la buona fede, ed al favore che merita il matrimonio, la legge abbia stabilito mantenersi gli effetti civili ch'esso abbia prodotti anteriormente all'annullazione, nei rapporti dei

---

(1) V. Zachariæ, t. I, § 166, nª 8; Demolombe, t. I, n. 170; Aubry e Rau, t. I, § 75, nª 4; Laurent, t. I, n. 395; Astengo, De Foresta ed altri, op. cit., vol. I, art. 14, § V, p. 217; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, 3ª ediz., vol. II, n. 44, nª 1.

coniugi ed a profitto di amendue, se ambo furono in buona fede, od a favore di quello solo, da parte del quale la buona fede siasi verificata; e nei rapporti dei figli coi genitori, ancorchè uno solo di questi siasi trovato in buona fede. Ma non si comprenderebbe affatto, che trattandosi del mutamento dello stato di cittadinanza stabilito per la donna, che contragga matrimonio con chi abbia una nazionalità diversa dalla sua, la legge — dalla cui sola disposizione un tale mutamento dipende — lo facesse derivare anche da un matrimonio nullo. Si aggiunga a ciò, che la disposizione per la quale sono attribuiti, quanto al passato, ad un matrimonio dichiarato nullo gli effetti del matrimonio valido nei rapporti tra i coniugi ed in quelli dei figli verso i genitori, è una gravissima eccezione, che si fa ai principii comuni di diritto, e la interpretazione di essa deve quindi essere restrittiva, anzichè estensiva. Si aggiunga ancora, che quella è una eccezione di favore fatta in contemplazione della buona fede; e sarebbe tutt'altro che un favore il privare dello stato di cittadinanza, che le apparteneva, la donna la quale avesse contratto in buona fede un matrimonio nullo.

Da queste ragioni, e dall'autorità di spettabili giureconsulti, reputavamo confortata l'opinione nostra sovra espressa (1).

Essa, per altro, non incontrò l'approvazione del compianto prof. Pacifici-Mazzoni; il quale insegnò potersi, nei modi determinati dall'art. 14 del cod. civ., riacquistare la cittadinanza dalla donna, che abbia contratto in buona fede con uno straniero il matrimonio, il quale sia poi stato dichiarato nullo; riferendosi in ciò alle massime, dallo stesso autore professate precedentemente, che la straniera maritandosi ad un cittadino acquisti la cittadinanza italiana, ancorchè il matrimonio sia nullo, " *purchè sia*

---

(1) V. Demolombe, t. I, n. 183; Aubry e Rau, t. I, § 73, n[a] 4, § 74, n. 5; Astengo, De Foresta, op. cit., art. 9, § VII, p. 184.

“ *stato contratto in buona fede almeno dalla donna, salvo però,*
“ *il diritto di questa di accettare o rifiutare l'effetto civile del*
“ *matrimonio, anche per riguardo all'acquisto della cittadi-*
“ *nanza* „; e parimente la cittadina maritandosi ad uno straniero perda la cittadinanza italiana, sebbene il matrimonio sia nullo, “ qualora *sia stato contratto in buona*
“ *fede almeno dalla donna, la quale però potrà reclamarne*
“ *gli effetti* „ (1).

Confessiamo di non aver saputo persuaderci nemmeno che la straniera congiuntasi ad un cittadino con un matrimonio contratto nullamente, sebbene in buona fede, potesse invocare l'art. 116, pretendendo di avere acquistata la cittadinanza. Crediamo che le ragioni sovra esposte bastino a dimostrarlo; ed altre considerazioni avremo occasione di aggiungere nel numero seguente, rispondendo agli argomenti in contrario del lodato autore. Ma quando pure l'opinione di lui fosse in questa parte accettabile, reputeremmo poi assolutamente inevitabile il respingere l'altra, che la cittadina unitasi in matrimonio nullo, ma di buona fede, ad uno straniero, avesse per quel matrimonio putativo perduta la cittadinanza italiana, salvo solo di poterla riacquistare. La disposizione dell'art. 116 contiene — come già abbiam notato — una *eccezione di favore in contemplazione della buona fede.* Ora, sarebbe davvero uno strano favore, che si farebbe a quella cittadina, un singolar modo di proteggere la buona fede di lei, il toglierle, per effetto del matrimonio nullo, lo stato di cittadinanza di cui godeva, ed ammetterla soltanto a poterlo riacquistare, dopo la dichiarazione di nullità, assoggettandosi alle condizioni prescritte dall' art. 14 cod. civ. L'egregio scrittore sentì la gravità di questa obbiezione, e cercò di prevenirla dicendo, che *la donna avrà il diritto di accettare o rifiutare l'effetto civile del matrimonio anche per riguardo alla cittadinanza.* Ma il codice nostro parla

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, 3ª ed., vol. II, n. 28, nª 1, p. 41, 44.

dell'acquisto di cittadinanza per la straniera che si mariti ad un cittadino, della perdita di cittadinanza per la cittadina che si mariti ad uno straniero, del riacquisto di cittadinanza, che questa può fare in caso di vedovanza (art. 9, 14 cod. civ.); in nessun luogo parla d'una facoltà di elezione, che sia lasciata a queste donne tra la qualità di cittadina e quella di straniera. È forse in arbitrio dei commentatori l'attribuire un diritto di scelta in materia di stato personale? Riferiremo ciò che scrissero i signori Aubry e Rau circa il *matrimonio putativo* d'una straniera con un francese.

" Il cangiamento di nazionalità operandosi di pien di-
" ritto, non ostante la volontà contraria della straniera,
" allorchè il matrimonio da lei contratto con un francese
" sia valido, non potrebbesi senza incongruenza ammet-
" tere, che quando il matrimonio sia nullo, l'acquisto
" della nazionalità francese dipenda unicamente dalla
" volontà di questa straniera, e ch'essa sia autorizzata a
" ripudiarla o reclamarla, secondo il piacer suo ".

È curioso poi di veder citata come conforme a quella del Pacifici-Mazzoni l'opinione del Demolombe; il quale si è pronunciato energicamente nel senso opposto. Parlando del matrimonio contratto da una francese con uno straniero, l'autore dice:

" Se il matrimonio fosse dichiarato nullo, io penso che
" *la donna non avrà cessato d'esser francese; perchè l'alie-*
" *nazione della sua nazionalità è virtualmente subordinata alla*
" *validità del matrimonio, che solo la produce.*

C.

Della cittadinanza acquisita per matrimonio.

Sommario. — 67. Fondamento ed effetti del principio che la donna straniera, maritandosi ad un cittadino, acquista la cittadinanza. — 68. Condizione della donna straniera maritata ad un cittadino, quando rimanga vedova.

67. Sarebbe illogico e sconveniente, che unendosi in matrimonio due persone aventi nazionalità diversa, niuna di esse comunicasse all'altra la propria, ma conservassero amendue la cittadinanza, che avevano prima del matrimonio. Ciò sarebbe illogico, perchè verrebbe in contraddizione a quella comunanza di vita, a quella unità d'interessi, che col matrimonio si stabilisce fra i coniugi, se essi non avessero comune la patria; sarebbe sconveniente per l'interesse e l'ordine delle famiglie, che avrebbero necessariamente a soffrirne gravissimo nocumento; e basti, quanto a ciò, il notare gl'inconvenienti, le collisioni, le difficoltà, che deriverebbero dall'essere soggetti a due diverse legislazioni i rapporti derivanti dallo stato di famiglia tra coniugi.

Posto poi che l'unità di costituzione della famiglia richiedesse come necessaria conseguenza la comunanza di patria fra i coniugi, nulla vi era di più naturale che fosse il marito, che comunicasse la nazionalità propria alla donna, colla quale si lega in matrimonio; imperocchè è la moglie, che segue la condizione del marito, che ne assume il cognome, che è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza (art. 131 cod. civ.); sicchè, confondendo in tal modo e subordinando la propria sorte a quella del marito, è da ritenere che contraendo il matrimonio essa voglia associarsi alla nazionalità di lui.

Tali sono le considerazioni, che danno fondamento al principio accolto da tutte le legislazioni, e consacrato anche espressamente dall'articolo 9 del nostro codice, che

" La donna straniera, che si marita ad un cittadino, acquista " la cittadinanza ".

Questo acquisto dipende per lei dal fatto del matrimonio con un cittadino, e dalla disposizione della legge, che a tale fatto lo annette (1). Nel che havvi una notevole differenza tra questa e le altre cause individuali di acquisto della cittadinanza; le quali, abbenchè consacrate dalla legge, dipendono però direttamente e immediatamente dalla volontà della persona, come avviene nella elezione, nel riacquisto, e nella naturalizzazione. Si può eleggere o riacquistare la qualità di cittadino, si può ottenere la naturalità, perchè la legge lo ammette; ma affinchè l'elezione, il riacquisto, la naturalizzazione si effettui, richiedesi un atto volontario della persona, diretto appunto a questo scopo. La straniera, che si marita ad un citttadino, diviene cittadina essa pure, in virtù della disposizione della legge, e pel fatto stesso del matrimonio contratto; sicchè la volontà sua concorre in questo acquisto indirettamente soltanto, in quanto che senza quella volontà non sarebbe avvenuto il matrimonio, e mancherebbe quindi la base di fatto, su cui la legge attribuisce la cittadinanza. Ciò spiega facilmente come l'articolo 9 predetto non distingua se la donna straniera, che si marita ad un cittadino, sia maggiore o minore di età; sicchè in amendue i casi ugualmente essa acquista la qualità di cittadina. Basta infatti che la minorenne abbia potuto contrarre il matrimonio, da cui la legge fa dipendere l'acquisto della cittadinanza, perchè questo effetto si operi per virtù diretta della legge stessa, senza che sia caso di occuparsi della capacità della persona agli atti ordinari della vita civile; dappoichè non è dal volere di lei, che l'attribuzione di quello stato immediatamente derivi (2).

---

(1) V. decisione della Corte di cassazione di Torino, 17 gennaio 1877 (*Foro Ital.*, II, I, 764).

(2) V. Laurent, t. I, n. 348.

Condizione necessaria all'acquisto della cittadinanza per questo mezzo, è la *validità* del matrimonio. Nè a ciò osterebbe che il matrimonio dichiarato nullo fosse stato contratto *in buona fede* da parte della donna, e producesse quindi rispetto a lei ed ai figli gli effetti civili, a tenore dell'articolo 116 del codice civile.

Già accennammo nel numero precedente alle principali ragioni che, a nostro modo di vedere, giustificano questa massima, ed alle gravi autorità che tanto nel diritto francese, quanto nel nostro le prestano appoggio (1).

L'articolo 9 del nostro codice fonda l'attribuzione della cittadinanza, che accorda ad una straniera, sul matrimonio ch'essa abbia contratto con un cittadino; ed è naturale intendere che tale matrimonio debba esser valido. Come può ammettersi che la legge annetta un effetto di tanta importanza ad un matrimonio, che sia contrario alle sue disposizioni? L'articolo 116 attribuisce, è vero, gli effetti civili d'un matrimonio valido anche a quello che sia dichiarato nullo, qualora tali effetti siano invocati da chi lo abbia contratto in buona fede. Ma questa è una eccezione, da applicarsi con stretta interpretazione; talchè ciò che è detto nel testo, degli *effetti civili* del matrimonio *riguardo ai coniugi* e *riguardo ai figli*, deve intendersi soltanto di quegli *effetti di diritti e di obbligazioni, che dal matrimonio derivano nei rapporti dei coniugi fra loro, e nei rapporti tra i genitori ed i figli.* I rapporti dello stato di cittadinanza appartengono ad un ordine diverso e superiore, che manifestamente è fuori dalle previsioni della disposizione di cui si tratta. A dimostrarlo con evidenza concorre una riflessione, quanto semplice, altrettanto decisiva. L'art. 116 accorda al coniuge la facoltà d'invocare gli effetti civili del matrimonio da lui contratto in buona fede, non ostante che sia stato dichiarato nullo; ma certo

---

(2) V. sopra, n. 66, p. 196, ss.; DEMOLOMBE, t. I, n. 168, 183; AUBRY e RAU, t. I, § 73, nª 4; ASTENGO ed altri, vol. I, art. 9, § VII, p. 184.

non gl'impone alcuno di questi effetti. Ora, al contrario, l'effetto, che produrrebbe per la donna straniera il matrimonio ch'essa avesse contratto nullamente ma in buona fede con un cittadino, non avrebbe carattere facoltativo; e quella donna dovrebbe considerarsi divenuta cittadina, per virtù del disposto dell' articolo 9, indipendentemente dalla sua volontà, ed anche contro di essa. L'attribuzione della cittadinanza alla straniera maritata ad un cittadino, non può dunque considerarsi come compresa tra gli effetti civili del matrimonio contemplati nel predetto articolo 116.

Il Pacifici-Mazzoni, che combattè — come pure accennammo nel numero precedente — questa opinione, disse: che spetta alla donna, la quale si trovi nella condizione di cui si parla, di accettare il beneficio del matrimonio putativo, e che intanto questo deve sempre considerarsi come causa produttiva del cambiamento di nazionalità; ma quest' ultima proposizione non è che una evidente petizione di principio; e quanto alla pretesa elezione tra le qualità di cittadina e di straniera, abbiam già dette le ragioni per cui ci sembra inammissibile, in mancanza d'un testo che la stabilisca. Lo stesso autore osservò pure, che tra gli effetti civili del matrimonio valido d' una straniera con un cittadino, vi è anche l'attribuzione a lei della cittadinanza, e che l'art. 116 non fa distinzione nè ammette limitazione alcuna. Ma a ciò risponde la dimostrazione, che crediamo aver data, del non potersi comprendere tra gli effetti civili del matrimonio, contemplati nel predetto articolo 116, quello che è stabilito dall'art. 9. Notò, in fine, l'inconveniente che i figli nati dal matrimonio putativo possano essere cittadini italiani, e la madre straniera. Ma ciò non è concludente; nè sarebbe questo il primo caso in cui i figli possano avere lo stato di cittadinanza, che manchi al loro genitore (1).

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, 3ª ed., vol. II, n. 28, nº 1.

Nell'attribuire la cittadinanza alla straniera, che si marita ad un cittadino, l'articolo 9 del nostro codice non distingue se, giusta le leggi del paese a cui apparteneva, quella donna ne abbia perduta la cittadinanza in forza del matrimonio con un cittadino nostro; mentre invece per la cittadina che si mariti ad uno straniero l'articolo 14 espressamente dichiara ch'essa non diviene straniera, se non quando *col fatto del matrimonio acquisti la cittadinanza del marito.*

Da ciò deriva la generale applicabilità della massima proclamata dal predetto articolo 9, senza riguardo a quello che correlativamente sia disposto dalla legislazione del paese a cui appartiene la donna, che si marita ad un cittadino nostro. Il che d'altra parte è conforme al sistema seguìto in altri casi dalla nostra legislazione.

68. La donna divenuta cittadina pel matrimonio, è nella condizione di chiunque altro abbia in qualsivoglia modo acquistata la cittadinanza; sicchè non la perde più che per le cause ordinarie. Avrebbe potuto dubitarsi se lo scioglimento del matrimonio per la premorienza del marito, facendo cessare la causa per la quale la qualità di cittadina era stata conferita alla donna, dovesse anche toglierle tale qualità. Ma questo dubbio fu sciolto con disposizione espressa nel detto articolo 9 del nostro codice, dichiarando, in conformità della massima professata unanimemente dalla dottrina, che la donna straniera, la quale ha acquistato la cittadinanza col matrimonio, *la conserva anche vedova.*

Il qual principio è razionale; perchè lo scioglimento del matrimonio non distrugge tutti i rapporti che ne sono derivati, e dai quali è giustificata la conservazione dello stato di cittadinanza, che ne provenne. Anche alla vedova rimangono i legami di famiglia, d'interessi, di affezione, che creati dal matrimonio, possono rendere tuttora importantissimo per lei il mantenere la qualità di cittadina,

che aveva acquistata. Fra le altre cose, si è evitato con questa disposizione l'inconveniente, che ridivenendo la madre straniera, abbiano una patria diversa dalla sua i figli, che rimangono soggetti alla sua podestà.

Tanto nel progetto ministeriale, quanto in quello concordato colla Commissione del Senato, si apponeva la condizione che la vedova *continuasse a tenere il domicilio nel regno;* condizione che fu poi soppressa nella redazione definitiva dell'articolo 9. Ciò però non avvenne senza contrasto grave, tanto che la maggioranza d'un solo voto decise l'adozione di questo partito. Per mantenere la condizione proposta nei due progetti, dicevasi " non doversi " confondere il caso di chi sia nato cittadino, con quello " di colui che lo divenga accidentalmente, per sola pre- " sunzione stabilita dalla legge, come avviene della donna " straniera impalmata da un cittadino ", chè mentre nella prima ipotesi sarebbe lesivo della libertà individuale il togliere la cittadinanza pel solo fatto d'avere abbandonato il domicilio nel regno, non lo è nell'altra il presumere che con questo trasferimento di domicilio siasi dimostrata la volontà di non ritenere la cittadinanza acquistata per legge, quando collo scioglimento del matrimonio è cessata la causa, che avea prodotto tale acquisto; questo essere, piuttosto che lesione, omaggio alla libertà individuale della donna straniera vedova di un cittadino, la quale libertà subirebbe invece una restrizione, qualora si volesse costringere colei in qualche modo a conservare la nazionalità italiana. Prevalsero in contrario queste considerazioni: che la condizione proposta " non può essere fondata tranne " sovra una pena per l'abbandono del domicilio nello " stato, o sovra una presunzione di volontà ". La penalità non sarebbe qui giustificata; la presunzione sarebbe arbitraria, nè potrebbe mai dar fondamento alla privazione d'un diritto importante, quale è la cittadinanza. La libertà della straniera vedova di un cittadino, quanto al conservare la cittadinanza acquisita o ridivenire straniera,

è guarentita piena ed intiera dalla legge, che lascia a lei, come agli altri cittadini, la facoltà di rinunziare alla cittadinanza. Ma al contrario sarebbe una grave e incontestabile restrizione di libertà il costringere questa donna a mantenere il domicilio nello stato per non perdere la cittadinanza.

Tali furono le ragioni per le quali fu ammessa dalla maggioranza della Commissione, e passò poi nel codice, la massima che la straniera maritata ad un cittadino conservi anche in istato di vedovanza la cittadinanza acquistata, sebbene trasferisca fuori del regno il proprio domicilio.

D.

Della cittadinanza acquistata per naturalizzazione.

Sommario. — 69. Che cosa sia la naturalità in senso lato e in senso stretto. — In quali modi quest'ultima si ottenga. — 70. Condizioni necessarie ad acquistare *la naturalità* per decreto reale.

69. Per *naturalità* dovrebbesi intendere veramente la qualità di colui, che essendo nativo dello stato, sia investito dei diritti di cittadinanza; ma nel testo del codice quella parola si trova usata in un senso più limitato, e come sinonimo di *naturalizzazione*, per significare l'attribuzione della qualità di cittadino a chi non la ebbe per diritto di nascita. In questo concetto sarebbe quindi compresa qualunque causa per la quale un individuo nato straniero divenisse cittadino. Se non che, in un senso anche più ristretto, la parola *naturalità* indica l'attribuzione della qualità di cittadino, concessa dall'autorità competente dello stato, a chi non ha cittadinanza per diritto di nascita, nè per benefizio speciale di legge dipendente da altri avvenimenti posteriori alla nascita. È così che, tra le cause individuali e derivative di attribuzione della cittadinanza, la *naturalizzazione* si distingue dall'acquisto per *elezione* e per *matrimonio*, e dal *riacquisto*.

Non sempre la naturalità attribuisce la capacità di tutti i diritti, sì civili che politici, spettanti a chi è cittadino per diritto di nascita. Questa pienezza di diritti non può derivare che dalla naturalità concessa *per legge*, la quale perciò appunto si distingue colla denominazione di *grande naturalizzazione*.

La naturalità può però essere data anche *per decreto reale*. Allora, da una parte, essa non si limita nei suoi effetti ad attribuire quei soli diritti civili il cui godimento è conceduto dall'articolo 3 del nostro codice anche agli stranieri, poichè in tal guisa l'effetto ne sarebbe nominale soltanto. Ne risultano pertanto a favore del naturalizzato tutti i diritti, pei quali nei rapporti civili si distinguono gli stranieri dai cittadini, e fra gli altri quello di non essere espulso dal territorio dello stato per provvedimento amministrativo o di pubblica sicurezza (1). Ma d'altra parte il naturalizzato per decreto reale non gode " dei " *diritti politici*, che per disposizione speciale non si pos- " sono acquistare se non in virtù della naturalizzazione " accordata per legge, quali sono principalmente i diritti " dell'elettorato nei comizi politici „ (2). E questa si dice *naturalizzazione semplice* od *ordinaria*.

Il progetto ministeriale del codice, nell'articolo 11, parlava soltanto della naturalizzazione per decreto reale. La Commissione del Senato stimava opportuno che si esprimesse la distinzione tra questa *semplice*, e la *grande naturalizzazione* che si ottiene per legge; e nell'articolo 13 indicava anche la minore estensione di effetti della *naturalizzazione semplice*, dicendo nel § 2° che " Se la naturalità è conferita per decreto reale, la cittadinanza attri- " buisce soltanto quei diritti politici, che non sono da " speciale disposizione riservati a chi abbia ottenuta la " naturalità per legge „. Alla Commissione di coordina-

---

(1) V. sopra, n. 38.
(2) V. *Relazione* della Commissione senatoria, lib. 1°, pag. 13.

zione fu proposto di sopprimere quest'aggiunta, ritornando al progetto ministeriale; sul riflesso che alla grande naturalizzazione essendo provveduto da leggi speciali, e i suoi particolari effetti uscendo d'altronde dai limiti del diritto privato, non fosse caso di farne menzione nel codice civile. Ma, avuto riguardo a ciò, che tutto il titolo della cittadinanza si attiene veramente e principalmente ad un ordine di principii non limitati al solo diritto privato propriamente tale, e che fermato una volta, per le ragioni altrove esposte (1), il proposito di farne tuttavia oggetto di disposizione nel codice, conveniva non tacere questa distinzione fondamentale tra la *semplice* e la *grande naturalizzazione* — non foss'altro per avvertire come anche la prima bastasse ad attribuire il diritto di non essere espulso per provvedimento amministrativo dal regno — quella proposta fu respinta. Solo si eliminò, come non necessaria, la speciale ed espressa dichiarazione degli effetti più limitati della naturalità conferita per decreto reale; reputandosi bastare intorno a ciò la massima generale, che anche la semplice naturalizzazione conferisce tutti i diritti che si attengono alla qualità di cittadino, fatta eccezione solamente di quelli pei quali, in virtù di speciali disposizioni, sia richiesta la naturalità accordata per legge, come avviene appunto pei diritti di elettorato politico (2).

Da tutta questa discussione risultò la disposizione del § 1° dell'art. 10 del codice, ov'è detto: " La cittadinanza " si acquista dallo straniero *anche colla naturalità concessa* " *per legge o per decreto reale* ". Quella parola, *anche*, si riferisce evidentemente agli altri mezzi, coi quali chi non è cittadino per diritto di nascita, può divenirlo dopo; cioè la elezione, il matrimonio, ed il riacquisto. Ma non vuol significare che oltre a questi mezzi, ed alla naturalizzazione, altri ancora possano esserne ammessi. Si tratta

(1) V. n. 39.
(2) V. *Proc. verb.*, n. 3, § II, p. 40.

dell'attribuzione d'uno stato personale, che solo dalla virtù della legge può derivare. Le disposizioni di essa in questa materia debbono quindi riguardarsi come *tassative* per la medesima loro natura; nè mancando la legge o il decreto reale di naturalità, potrebbe mai senz'arbitrio l'autorità giudiziaria ritenervi supplito da equipollenti (1).

70. L'acquisto della naturalità per legge non è subordinato all'adempimento di formalità o condizioni speciali, fuor quelle che fossero espressamente prescritte nella legge stessa di concessione. Ed è naturale che trattandosi di atti legislativi non si avessero a prefinire con disposizione generale i requisiti necessari alla loro efficacia.

Ma quando la naturalità sia invece concessa per decreto, la legge ha potuto stabilire condizioni e forme indispensabili affinchè quel decreto produca effettivamente a favore del naturalizzato l'acquisto della cittadinanza; ed opportunamente lo ha fatto.

Lo straniero, che ottenne decreto di naturalità, deve pertanto:

1° fissare, se già non lo abbia, il proprio domicilio nel regno; 2° richiedere la registrazione del decreto, entro sei mesi dalla sua data, agli uffizi dello stato civile; 3° prestare davanti all'uffiziale di stato civile il giuramento di fedeltà al re, e di osservare lo statuto e le leggi del regno (art. 10, § 2 e 3, cod. civ.).

La prima di queste condizioni risulta manifestamente dall'esser detto, nel secondo paragrafo dell'accennato articolo 10, che la registrazione del decreto dovrà farsi dall'uffiziale dello stato civile del luogo *dove lo straniero intende fissare od ha fissato il suo domicilio*, e dall'essere aggiunto poi, nell'ultimo paragrafo del medesimo articolo, che " la moglie e i figli minori dello straniero, che ha

---

(1) V. decisione della Corte d'appello di Torino, 13 agosto 1869 (*Giur.* di Torino, 14, 641).

" ottenuto la cittadinanza, divengono cittadini, *semprechè* " *abbiano anch'essi* fissato la residenza nel regno ".

Ciò inoltre è conforme a quanto fu richiesto, per l'acquisto della cittadinanza, per quelle persone stesse che la legge ha trattato con maggior favore a confronto degli altri stranieri, quali sono il figlio nato in paese estero da un ex-cittadino, e il figlio nato nel regno da straniero ivi domiciliato da meno di un decennio; a cui concedendo di *potere eleggere la qualità di cittadino*, si è tuttavia imposto di *fissare nel regno il domicilio entro l'anno dalla dichiarazione* di elezione (art. 6, § 2° ed 8, § 3° cod. civ.). È osservabile però che, quanto allo straniero naturalizzato, non si è fissato termine entro cui debba egli aver fissato nel regno il domicilio che già non vi avesse. Epperò sembra che trattandosi qui di limitazione di diritti in quanto l'acquisto di essi viene subordinato a certe condizioni, non sia lecito argomentare per analogia da ciò che per altri casi è disposto, applicando il termine di un anno decorribile dalla registrazione del decreto; ma debba ritenersi piuttosto che non vi sia termine alcuno, entro cui sia necessario avere stabilito ll domicilio nel regno, per rendere produttivo dei suoi effetti il decreto di naturalità, e solamente quegli effetti non possano cominciare, se non *dal giorno successivo a quello in cui sia stata adempita anche la condizione dello stabilimento del domicilio*, secondo la regola generale sanzionata dall'articolo 15 del codice civile, di cui ci occuperemo tra breve (1).

Quanto alle altre due condizioni, della registrazione del decreto, e del giuramento di fedeltà al re, allo statuto ed alle leggi del regno, noteremo soltanto: che l'uffiziale dello stato civile competente ad eseguire la registrazione ed a ricevere il giuramento è quello *del luogo dove lo straniero naturalizzato intende fissare od ha fissato il suo domicilio;* che il termine di *sei mesi dalla data del decreto*, entro

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, 3ª ed., vol. II, n. 30, nª 3.

cui queste forme debbono essere adempite, è *perentorio*, come lo dichiara testualmente lo stesso articolo 10, § 3° prescrivendolo *sotto pena di decadenza*; che la registrazione si effettua mediante *trascrizione* nei registri di cittadinanza, premessa la prestazione del giuramento di fedeltà, e colle forme stabilite dagli art. 45 e 50 del R. decreto 15 novembre 1865, n. 2602, sull'ordinamento dello stato civile, che, in fine, quando sia trascorso il prescritto termine di sei mesi dalla data del decreto, senzachè siano adempite le predette formalità del giuramento e della trascrizione, dalla *decadenza* comminata al naturalizzato deriva necessariamenle doversi riguardare il decreto come non avvenuto, e rendersi necessario impetrarne uno nuovo, se si voglia tuttavia conseguire la naturalità (1).

E.

Regole comuni ai diversi casi di acquisto della cittadinanza per avvenimenti posteriori alla nascita.

Sommario. — 70. Regole stabilite dall'ultimo paragrafo dell'art. 10, in riguardo all'estensione dell'acquisto della cittadinanza allà moglie ed ai figli minori dello straniero che l'ha ottenuta. — 71. Tempo da cui comincia l'effetto dell'acquisto o riacquisto della cittadinanza.

70. Gli effetti dell'acquisto della cittadinanza devono essi ritenersi come esclusivamente personali a chi lo ha ottenuto? Se chi acquista la cittadinanza ha moglie ed ha figli minori di età, la moglie ed i figli divengono cittadini anch'essi, o rimangono nella condizione di stranieri? Questa questione, la cui grave importanza è evidente, potrebb'essere controvertibile in teoria; e la rigorosa applicazione dei principii condurrebbe forse piuttosto a ritenere la esclusiva personalità dell'acquisto. La nazionalità,

(1) V. decisione della Corte d'appello di Lucca, 9 giugno 1880 (*Giur. Ital.*, XXXII, 776).

infatti, è una qualità personale, una parte essenziale dello stato della persona; sicchè sembra ripugnante il concetto che questa qualità, questo stato possa subire una mutazione dipendentemente da fatto altrui, senza che v'intervenga punto, nè direttamente nè indirettamente, la volontà della persona a cui riguarda, anzi forse contro la sua volontà.

Pure codesta questione fu espressamente risolta in senso contrario dal nostro codice trattando della naturalizzazione: " La moglie e i figli minori dello straniero, che ha ottenuto " la cittadinanza, divengono cittadini, semprechè abbiano " anch'essi fissato la residenza nel regno (articolo 10, " § u°, cod. civ.) „.

Della qual massima, espressa in uguali termini nell'articolo 11 del progetto ministeriale, e nell'articolo 13 del progetto concordato colla commissione del senato, adducevansi nella relazione Pisanelli i seguenti motivi: " La " moglie ed i figli minori di colui che acquista la cittadi- " nanza, diverranno essi pure cittadini?

" Da un canto può sembrare esorbitante concedere al " padre la facoltà di alienare la cittadinanza dei figli mi- " nori, cittadinanza che l'origine, storiche tradizioni, gene- " rosi sensi e carità di patria possono rendere ad essi " oltremodo preziosa; può sembrare altresì eccessiva nel " marito la facoltà di immutare col solo suo fatto la citta- " dinanza della moglie.

" Ma d'altro canto l'unità della costituzione della fami- " glia non consente che fra il marito e la moglie, fra il " padre ed i figli minori esista differenza di cittadinanza. " Tale dualismo produrrebbe una grave e funesta altera- " zione nei rapporti giuridici della famiglia, rallenterebbe " quei vincoli che la natura creò, e la legge civile sanci- " sce; e l'autorità del marito come capo della famiglia " troverebbesi in balia di due legislazioni diverse. Trattan- " dosi infatti di determinare i diritti e i doveri dei coniugi, " i diritti e gli obblighi reciproci del padre e del figlio, " se essi sono cittadini di diverso stato, qual legge dovrà

“ applicarsi? Queste ambagi, la scissione della famiglia in
“ due parti, la separazione della moglie dal marito, dei
“ figli minori dal loro padre, possono render complicati
“ i rapporti coniugali, impossibile l'educazione dei figli,
“ il loro morale e politico indirizzo, importante e no-
“ bilissimo còmpito di chi è capo della società dome-
“ stica (1) „.

Queste considerazioni, quantunque espresse soltanto per riguardo alla cittadinanza acquistata colla naturalizzazione propriamente detta, sono però completamente applicabili anche a qualsivoglia altro caso di acquisto della cittadinanza per benefizio di legge, potendosi sempre allegare i medesimi inconvenienti, se il marito e la moglie, il padre ed i figli minori avessero nazionalità diverse. Perciò sembra che questa regola, stabilita dal nostro codice, debba aver posto tra quelle che sono comuni a tutti i vari casi di acquisto della cittadinanza per avvenimenti posteriori alla nascita; nè possa fare ostacolo il trovarsi essa scritta come ultima parte dell'art. 10, che parla della naturalità ottenuta per legge o per decreto reale. Di vero, i termini in cui quella regola è formulata sono abbastanza; generali per comprendere ogni ipotesi in cui, per qualunque causa, lo straniero abbia ottenuto la cittadinanza; e d'altra parte, quando pure si volesse attribuire tanta importanza alla materiale sua collocazione da ritenerla espressamente dettata soltanto per la naturalizzazione propriamente detta, avremmo sempre per gli altri casi non contemplati una questione controvertibile, nella soluzione della quale non potrebbesi prescindere dal prendere come norma questa disposizione espressa, data per un caso analogo. Chè anzi, se tra questo e quelli qualche differenza vi ha, essa è tale da rafforzare, più che altro, le ragioni di adottare la massima stabilita nell'ultimo paragrafo dell'art. 10; poichè se, ad esempio, si tratta del figlio di un

(1) V. *Relazione* Pisanelli, § I, pag. 4.

ex-cittadino, o del figlio di uno straniero domiciliato nel regno, che elegga la cittadinanza a tenore degli art. 6 § 2° e 8 § 3°, o dell'ex-cittadino che ricuperi la cittadinanza perduta, secondo gli art. 13 e 11 § u°, e se chi elegge così la cittadinanza o la riacquista abbia moglie e figli minori di età, per attribuire anche a questi la qualità di cittadini si aggiunge la considerazione della nazionalità originaria della loro famiglia, o dei rapporti speciali d'interesse indotti dal domicilio del padre nel regno, considerazioni che non si verificano quando si tratti di un qualunque straniero che abbia ottenuta la naturalità per legge o per decreto (1).

Parlando dei *figli minori dello straniero, che ha ottenuto la cittadinanza*, e dichiarando ch'essi pure divengono cittadini, la disposizione dell'ultimo paragrafo dell'art. 10 non si restringe a considerare i figli nati da legittimo matrimonio, ma si riferisce in genere a quei rapporti di figliazione, che avrebbero potuto dar luogo anche alla cittadinanaza per diritto di nascita. Così, se lo straniero che ha ottenuto la cittadinanza abbia figli naturali regolarmente riconosciuti o giudizialmente dichiarati tali, questi figli seguiranno la nazionalità da lui acquistata, come la avrebbero avuta per diritto di nascita, se al tempo in cui questa avvenne, il loro padre naturale fosse già stato cittadino. E parimente, quando fosse ignoto il padre, ma fosse stata riconosciuta o giudizialmente dichiarata la maternità, la madre che acquistasse la cittadinanza la comunicherebbe anche al figlio minore, a termine del detto art. 10, § u°.

La cittadinanza acquistata dallo straniero non è però estesa alla moglie ed ai figli minori di lui, fuorchè sotto la condizione che *abbiano anch'essi fissato la residenza nel regno*. Su questo punto s'impegnò una vivissima discussione

---

(1) V. decisione della Corte di cassazione di Firenze, 3 febbraio 1875 (*Giur. Ital.* XXXI, I, 429).

davanti alla Commissione di coordinazione. Vi fu chi propose di sopprimere questa condizione, che giudicavasi non giusta nè ragionevole: sia perchè il fatto di risiedere nel regno anche la moglie e i figli minori dello straniero, che ha acquistato la cittadinanza, non può dare fondamento alla presunzione che essi vogliano seguire la nuova nazionalità del marito e del padre rispettivamente, avendo essi, per legge, comune con lui il domicilio, e dovendo seguirlo dove egli voglia che risiedano; sia anche perchè potrebbe accadere che la moglie ed i figli, avendo perduta col marito e col padre loro la cittadinanza che prima avevano, e non avendo acquistata la nuova, per la mancanza di residenza nel regno, rimanessero senza patria. Si rispose quanto a quest'ultima obbiezione, che oltre di essere difficilissimo che si verifichi l'addotta ipotesi, non deve poi in ogni caso preoccuparsene il legislatore, ma spetta alle parti il provvedere perchè il temuto inconveniente non accada. E quanto alla prima, si volle far considerare il fatto della residenza mantenuta all'estero dalla moglie e dai figli minori dello straniero, che ha ottenuto la cittadinanza nostra, come dimostrante la volontà, da parte non solo della moglie e dei figli, ma del loro stesso marito e padre rispettivo, di conservare ad essi la nazionalità straniera. Si disse che in cosa tanto grave ed importante, quanto è il cambiamento della cittadinanza, non conveniva affidarsi ad una semplice presunzione, se essa non fosse corroborata dal fatto, coincidente colla cittadinanza acquistata dal marito o dal padre, che anche la moglie od i figli si fossero stabiliti con lui nella nuova patria. Tali furono sostanzialmente le principali ragioni, per le quali una grande maggioranza della commissione determinò di mantenere la combattuta condizione della residenza nel regno (1).

Appena accade di avvertire che al fatto della residenza, che è richiesto dalla legge, non supplirebbe in nessun modo

---

(1) V. *Proc. verb.*, n. 3, pag. 38; 39 e 40.

il domicilio di diritto, che la moglie ed i figli minori hanno comune col marito e col padre.

In tutto quanto si è detto finora sono pareggiati completamente la moglie ed i figli minori dello straniero, che ha ottenuto la cittadinanza. Fra quella e questi havvi però una differenza importante; che i figli, giunti che siano alla maggiore età, " possono scegliere la qualità di straniero, " facendone dichiarazione a norma dell'art. 5 (art. 10, " § u°, in f°) „ mentre una simile facoltà non è punto concessa alla moglie; la quale, una volta acquistata la cittadinanza che il marito ottenne, non potrebbe immutare a questo suo stato, eleggendo la qualità di straniera nei modi a cui accenna il predetto art. 10 § u°; e solo potrebbe, al pari di qualunque altro cittadino, rinunziare alla cittadinanza, a tenore di quanto è disposto dal n° 1 dell'art. 11.

La facoltà, concessa ai figli dello straniero divenuto cittadino, di eleggere la qualità di stranieri, è abbastanza importante per non potere, senza grave errore, confonderla con quella di rinunziare alla cittadinanza, che spetta a chiunque sia cittadino anche per diritto di nascita (art. 11, n° 1°, cod. civ.), e per non poter dire che la specialità di questa facoltà di elezione si riduca ad una mera apparenza.

A persuadersi infatti che il potere eleggere la qualità di straniero è ben altra cosa, e più vantaggiosa, che il rinunziare alla cittadinanza, basterà riflettere, che chi perde la cittadinanza per rinuncia non è esente dall'obbligo del servizio militare (art. 12, cod. civ.), mentre non è punto tenuto a questo servizio chi a termine di legge abbia potuto eleggere, ed abbia eletta la qualità di straniero.

Questa elezione, del resto, deve compiersi colle norme stesse stabilite dall'art. 5 pel figlio nato nel regno da un ex-cittadino, ed ivi residente; cioè con dichiarazione fatta entro l'anno dalla maggiore età davanti l'uffiziale di stato civile del luogo di residenza, o trovandosi in paese estero, davanti ai regi agenti diplomatici o consolari.

71. Un altro quesito, che si presentava a sciogliere per tutti i casi di acquisto della cittadinanza per avvenimenti posteriori alla nascita, riguardava il tempo da cui dovessero cominciare gli effetti di tale acquisto o riacquisto.

Bisogna dire però, che il dubbio non poteva essere veramente grave, tanto da consigliare a scioglierlo con espressa disposizione legislativa, fuorchè quando si trattasse di cittadinanza acquisita *per elezione*. Negli altri casi, in cui la qualità di cittadino si ottenga per naturalizzazione, o dalla straniera maritandosi ad un cittadino, o si riacquisti da chi l'abbia perduta, è evidente senz'altro che l'effetto dell'acquisto o riacquisto non può essere retroattivo; non potendo risalire sino alla nascita della persona l'attribuzione a lei di una qualità, d'uno stato personale, la cui causa si è veficata soltanto in un determinato tempo posteriore, nè potendosi distruggere gli effetti legali della subìta perdita della cittadinanza fino a ricongiungere per finzione il tempo del riacquisto a quello in cui la perdita avvenne. D'altra parte non è meno evidente, e dettato dai più elementari principii, che essendo l'acquisto o il riacquisto della cittadinanza subordinato dalla legge all'adempimento ed al concorso di più condizioni essenziali, non può cominciarne l'effetto giuridico se non dal giorno in cui tutte le condizioni richieste siansi realizzate. Ma nel caso di acquisto della cittadinanza per elezione, potevasi considerare, che lo stato opposto, attribuito prima dalla legge a chi essa reputava straniero, costituisse una *semplice presunzione di diritto*, la quale venisse distrutta dalla dichiarazione, che la persona facesse in contrario, di eleggere la qualità di cittadino. E da quest'ordine d'idee sarebbe stato naturale il dedurre, che la presunzione di diritto rimanendo completamente annientata, e sostituendosi ad essa l'esplicita manifestazione d'una contraria volontà, l'effetto della elezione della qualità di cittadino dovesse retroagire fino al dì della nascita del dichiarante.

Sembra che realmente fosse questa la prima idea abbracciata nel progetto ministeriale del codice; poichè nella relazione che lo concerneva leggiamo questa dichiarazione, relativamente ai casi di elezione della qualità di cittadino: "È "fatta facoltà al figlio di scegliere, entro un anno dalla "maggiore età, *una condizione diversa da quella che la legge,* "*non in modo assoluto, ma piuttosto in via di presunzione, gli* "*attribuisce fino a dichiarazione contraria* „ (1).

Lo stesso pensiero fu pure accolto nella sua sostanza dalla commissione del senato; la quale però, temendo le conseguenze assai gravi che potrebbero derivare dalla retroattività della elezione, per quanto riguardasse agli atti che fossero già stati anteriormente compiuti in quella qualità che la legge per presunzione attribuiva alla persona, stimò opportuno di fare intorno a ciò una riserva esplicita che incidentemente riferimmo di sopra (2).

Di ciò la commissione stessa rendeva le ragioni seguenti: "La commissione si domandava, quale sarebbe l'effetto "della elezione pel tempo anteriore decorso nella età mi-"nore. Nel silenzio del progetto a questo riguardo, essa ha "stimato di risolvere la dilicata quistione dichiarando, che "*ognuno si reputerà dalla nascita cittadino o straniero secondo* "*la sua elezione, salvi però gli effetti degli atti anteriormente* "*compiuti.* Questa soluzione parve conciliare il principio, "che non ammette al cittadino di due patrie, la libera scelta "della cittadinanza, e il rispetto dovuto ai fatti legittima-"mente consumati „ (3).

Da ultimo la commissione di coordinazione, riflettendo che il sistema di considerare la elezione della cittadinanza come produttiva di effetto risalendo fino al giorno della nascita del dichiarante, oltrechè sarebbe contrario al principio che vieta ogni retroattività, come alle leggi, così pure agli atti dell'uomo, avrebbe poi nella particolarità del caso

(1) V. *Relazione* Pisanelli, § I, pag. 3.
(2) V. n. 51, p. 150.
(3) V. *Relazione* della Commissione senatoria, lib. I, t. I, pag. 13.

il grave inconveniente di lasciare indeciso e in sospeso lo stato di cittadinanza della persona, fino a che essa potesse fare la sua elezione, cioè fino alla maggiore età e ad un anno dopo, determinò di adottare la massima opposta; e soppresso l'ultimo paragrafo già citato dell'articolo 8 del progetto senatorio (5 del codice) decise poi di aggiungere un nuovo articolo, che è il 15° del codice, il quale *per tutti i casi di acquisto o riacquisto della cittadinanza* determinò non poter esso avere effetto, *se non dal giorno successivo a quello in cui furono adempite le condizioni e formalità stabilite*. Così è sciolta la questione, che si presentava rispetto alla *cittadinanza acquisita per elezione;* ed è ad un tempo proclamato, *per tutti gli altri modi di acquisto o riacquisto*, il principio di ragione, che non possano derivarne gli effetti giuridici fuorchè dall'istante in cui siasi verificato il concorso di *tutte le condizioni e formalità dalla legge stabilite*.

SEZIONE II.

DELLE CAUSE PER LE QUALI SI PERDE LA CITTADINANZA.

SOMMARIO. — 72. Principii fondamentali intorno alle cause generali e individuali di perdita della cittadinanza. — Partizione della materia.

72. La stessa distinzione, che già osservammo tra le cause di acquisto derivativo della cittadinanza, alcuna delle quali è *generale*, comprendendo tutti gl'individui abitanti il territorio che venga annesso ad uno stato, mentre le altre sono *individuali;* la stessa distinzione è applicabile eziandio alla perdita della cittadinanza. Questa perdita può verificarsi per un fatto, nel quale non si considerano personalmente gl'individui, ma tutta la massa degli abitanti di un determinato territorio. E ciò accade quando quel territorio venga per qualunque causa tolto allo stato di cui faceva parte, per essere unito ad un altro. All'acquisto, che in

tale evento ottengono della cittadinanza dello stato, a cui l'annessione si fa, gli abitanti del territorio annesso, deve corrispondere di necessità, contemporaneamente e per le stesse ragioni, la perdita da parte loro della cittadinanza dello stato che subisce lo smembramento. Ciò, s'intende, salvo sempre quanto possa essere disposto in proposito da leggi speciali, o da convenzioni diplomatiche. Pel resto, non abbiam qui che a riferirci ai principii esposti pel caso di acquisto della cittadinanza per simile motivo (1).

Riguardo poi alle cause individuali, che importano perdita della qualità di cittadino, sarà opportuno richiamare una massima fondamentale già sviluppata altrove; che, cioè, la privazione dei diritti di cittadinanza non può derivare fuorchè dalla volontà espressa o tacita delle persone a cui essi competono, salvo solo il caso che una tale privazione sia inflitta dalla legge come conseguenza ed accessorio d'una condanna penale. Alla quale massima vedemmo riferirsi espressamente colla sua disposizione l'art. 1 del codice civile, combinato coll'articolo 3 delle disposizioni transitorie per l'attuazione del codice stesso (2). Così questo concetto, che ogni causa di perdita della cittadinanza debba fondarsi sulla volontà *espressa o tacita* della persona, domina tutta la materia di cui ora entriamo a trattare.

La volontà espressa si ha pure in quei casi, nei quali essendovi conflitto tra gli elementi che attribuirebbero ad una persona la qualità di cittadino, e quelli che all'opposto la farebbero considerare come straniera, e fra tali elementi prevalendo i primi, il legislatore ha stimato tuttavia di dover concedere tanta efficacia alla volontà individuale espressamente e chiaramente manifestata, da far cedere dinanzi ad essa la propria disposizione stessa, ed ha permesso perciò a chi è cittadino di potere liberamente eleggere, giunto che sia all'età maggiore, la qualità di straniero. Ciò si verifica,

---

(1) V. sopra, n. 57, p. 160, ss.
(2) V. sopra, n. 34, p. 95.

come vedemmo, pel figlio nato e residente nel regno e procedente da padre che avea perduta la cittadinanza prima della nascita di lui (art. 5 cod. civ.); pel figlio di padre ignoto, ma di madre che perdette la cittadinanza prima del nascimento del figlio stesso, il quale del resto trovisi in condizioni simili a quelle del figlio di padre ex-cittadino (art. 7 § 2° cod. civ.); pel figlio nato nel regno da straniero che vi abbia fissato il suo domicilio da dieci anni non interrotti (art. 8 § 1° e 2° cod. civ.); pel figlio, durante la minorità del quale dal padre di lui sia stata ottenuta la cittadinanza italiana, e che abbia egli pure fissato la propria residenza nel regno (art. 10 § 4 cod. civ.).

E come la *elezione della qualità di stranieri*, permessa in tali casi a questi figli che sono reputati cittadini, non può essere retroattiva, ma prende effetto soltanto dal giorno successivo a quello in cui sieno state adempite le condizioni e formalità stabilite per la elezione medesima (arg. art. 15 cod. civ.) (1), così è manifesto che questa pure può considerarsi come una *causa di perdita della cittadinanza;* intorno alla quale non accade di dover insistere ulteriormente, dopo le cose già esposte nei luoghi sopra citati.

Ma la volontà espressa, che è causa di perdita della cittadinanza, si ha principalmente allorquando, non chi era solo riputato cittadino, con facoltà della elezione in contrario, ma chi era definitivamente tale, o per diritto di nascita, o per acquisto posteriore, vi rinunzia con dichiarazione davanti all'uffiziale dello stato civile, come la legge nostra lo ammette (art. 11, n° 1° cod. civ.).

La volontà tacita di privarsi della cittadinanza non può essere desunta da qualunque circostanza, il cui apprezzamento sia rimesso al criterio prudente dei tribunali; ma solo da alcuni fatti particolari espressamente e tassativamente determinati dalla legge (art. 11, n° 2° e 3° cod. civile) (2).

---

(1) V. sopra, n. 51 in fine, 52, 53 in fine, 70.

(2) V. decisione della Corte d'appello di Torino, 6 giugno 1873 (*Legge*, XIV, I, 227).

Alla volontà tacita può riferirsi, sotto un certo aspetto, anche la perdita della cittadinanza derivante dal matrimonio, che una donna cittadina contragga con uno straniero. Se non che, come già fu avvertito trattando dell'acquisto di cittadinanza che fa una straniera maritandosi ad un cittadino, la volontà della persona non è la causa immediata di questo mutamento di stato civile, che bisogna riconoscere veramente dalla disposizione della legge, la quale lo fa dipendere dal fatto volontario del matrimonio; sicchè la volontà della persona vi ha parte unicamente in ciò, che pone la base di fatto, sulla quale la legge stabilisce poi l'attribuzione o la privazione della cittadinanza. Per qualunque poi sia la causa, da cui si pretenda derivata per una determinata persona la perdita della cittadinanza che prima aveva, è fuor di dubbio incombere all'allegante l'onere di somministrarne la prova. Ciò non è che l'applicazione dei più elementari principii; non potendosi presumere perduto lo stato di cittadinanza, che sia ammesso o dimostrato avere esistito (1).

Premesse queste poche osservazioni fondamentali, ci rimane ora di esaminare le cause particolari di perdita della cittadinanza, distinguendo tra esse la rinunzia espressa, la rinunzia tacita, ed il matrimonio. Parleremo da ultimo di alcune regole comuni a questi casi diversi.

§ I. — Della perdita della cittadinanza derivante da rinunzia espressa.

Sommario. — 73. Ragioni per cui fu ammessa la rinunzia espressa alla cittadinanza. — 74. Persone che possono efficacemente rinunziare. — 75. Condizioni e forme della rinunzia.

73. La legislazione francese, e quelle che precedettero l'attuale in Italia, non riconoscevano al cittadino il diritto

---

(1) V. decisione della Corte di cassazione di Torino, 26 aprile 1878 (*Giur. Ital.*, XXXI, I, 1, 35).

di rinunziare espressamente alla propria patria. Ammettevano bensì che per alcuni fatti particolari, espressamente determinati dalla legge, s'incorresse la privazione della qualità di cittadino; e questi fatti erano *volontari*, come l'accettare cittadinanza, od impiego pubblico, o servizio militare in paese straniero, o lo stabilirvisi con animo di non più ritornare. Ma proclamando così la perdita della cittadinanza sulla base della volontà della persona, non riconoscevasi però a questa la facoltà di produrre *direttamente* quella privazione di stato civile con un atto di semplice abdicazione. La perdita avveniva per sola ed immediata virtù della legge, salvo che la disposizione di questa fondavasi sempre sopra un fatto nel quale la volontà personale avesse concorso.

Si è fatto rimprovero a tale sistema di serbar quasi un resto di feudalismo, di ritenere che l'uomo sia in qualche modo attaccato al territorio della sua nazione, così da non potersene sciogliere per sola volontà propria. Ma quanta esagerazione siavi in ciò si rileva ben presto, sol che si richiami quanto poco sopra si disse, che cioè dipendeva da fatti nei quali concorreva la volontà del cittadino lo spogliarsi egli di questa qualità, per naturalità ottenuta, per impiego pubblico accettato, per servizio militare assunto in paese estero; e che poi per sola sua volontà egli poteva stabilirsi in paese straniero con animo di non più ritornare, e cessare con ciò d'essere cittadino.

D'altronde l'essere da quelle leggi esclusa la semplice abdicazione, come causa di perdita della cittadinanza, potevasi appoggiare ad assai gravi ragioni; non trattarsi qui di un diritto qualunque d'interesse puramente privato, a cui la persona che ne è investita possa a proprio beneplacito rinunciare; trattarsi invece d'uno stato, d'una qualità inerente alla persona, di cui non può bastare a spogliarla un semplice atto della sua volontà; il principio contrario, spinto alle ultime e naturali sue conseguenze, dover condurre fino a ritenere che taluno possa rinunciare alla propria

cittadinanza senza acquistarne un'altra, e pretendere così di rimanere estraneo ad ogni comunanza civile, di non essere cittadino di alcuna patria; una tale anomalia essere inammissibile.

Il nostro codice però volle dare, anche in questa parte, la più estesa applicazione alla libertà individuale. E ritenuto il principio incontestabile che niuno possa essere costretto a rimaner vincolato alla propria patria, quando gravi infortuni, imperiosi bisogni o speranza di sorte migliore lo traggano altrove, non si limitò a stabilire che certi fatti emessi dal cittadino, come la naturalizzazione chiesta ed ottenuta in estero stato, l'accettazione d'impiego pubblico o di servizio militare in paese straniero, lo stabilimento all'estero con animo di non più ritornare, lo privassero della cittadinanza per virtù di legge; ma gli riconobbe anche la facoltà di spogliarsene in modo diretto, con espressa rinuncia (art. 11 n° 1° cod. civ.). Tuttavia non accordò a tale rinunzia un'efficacia incondizionata; ma volle ch'essa fosse preceduta, accompagnata o seguita dal trasferimento della residenza in paese estero. Nè alla rinunzia attribuì l'effetto dello scioglimento assoluto del rinunziante da ogni vincolo verso la patria che abbandona, ma lo tenne obbligato ancora ad essa per gravi doveri, come vedremo essere disposto dall'articolo 12.

74. Quanto alle persone che possono esercitare la facoltà concessa dal n° 1° dell'articolo 11, la generalità di questa disposizione indurrebbe a ritenere che chiunque abbia, o per diritto di nascita, o per benefizio di legge annesso a fatti posteriori alla nascita, il diritto di cittadinanza, possa anche rinunziarvi espressamente, uniformandosi alle condizioni espresse nel predetto articolo.

Tuttavia non lascia di presentarsi qualche grave dubbio, che importa risolvere. E prima di tutto, la rinunzia potrà essere fatta efficacemente dal cittadino minore di età?

Sebbene la legge non faccia a questo proposito distin-

zione veruna tra persone maggiori e minori di età, sembra però che i principii generali, e gravi argomenti di analogia tratti da quanto è disposto espressamente per casi somiglianti, non permettano di dubitare che alla rinuncia, che fosse fatta da persona minore di età, non potrebbesi attribuire effetto giuridico.

Se infatti il minorenne è incapace generalmente a tutti gli atti della vita civile, salvo le eccezioni che siano stabilite da disposizioni speciali, non si saprebbe scorgere com'egli potesse avere capacità per un atto di tanta importanza, e recante così gravi conseguenze d'interesse anche materiale, com'è la rinunzia alla qualità di cittadino. La quale rinunzia poi, dovendo per natura sua essere emanazione diretta della libera volontà di chi la emette, è uno di quegli atti *strettissimamente personali*, in cui non è ammissibile che il minore possa essere rappresentato, come negli altri atti civili, da chi eserciti su di lui la patria podestà, o la tutela.

D'altra parte in tutti i casi, in cui la legge rimette alla libera manifestazione della volontà della persona l'eleggere la qualità di cittadino o di straniero, vediamo sempre supposto che l'elezione si faccia da persona *maggiore di età secondo le leggi del regno* (art. 5, § 2°, 6, § 2°, 7, § 2°, 8, § 2°, 10, § u°, 11, § u°, cod. civ.). E sarebbe strano, se ciò che è richiesto per l'elezione della qualità di straniero, nei casi ammessi dalla legge, non fosse poi necessario per rinunziare validamente alla cittadinanza definitivamente acquistata.

Un altro quesito, che può presentare maggiore difficoltà, riguarda la donna maritata. Non vi ha dubbio che la disposizione generale del n. 1° dell'art. 11 comprende tutti i cittadini, senza distinzione di sesso; sicchè anche la cittadina maggiorenne può rinunziare alla cittadinanza uniformandosi a quanto è prescritto in quella disposizione. Neppure può dubitarsi che la moglie di colui che perde la cittadinanza, divenendo straniera essa stessa, a

tenore del penultimo paragrafo dell'art. 11, *salvo che abbia continuato a tenere la sua residenza nel regno*, non abbisognerebbe, per spogliarsi della qualità di cittadina, di farne dichiarazione espressa davanti all'uffiziale dello stato civile, bastando il fatto del trasferimento della residenza di lei in paese estero.

Ma la cittadina maritata ad un altro cittadino, la straniera che maritandosi ad un cittadino ha acquistato la medesima qualità, la moglie dello straniero divenuto cittadino dopo il matrimonio, la quale avendo fissato anche essa la residenza nel regno, ha partecipato dello stesso acquisto di cittadinanza fatto dal marito, potranno esse, secondo i termini generali della citata disposizione, rinunziare alla cittadinanza facendone dichiarazione davanti l'uffiziale di stato civile del domicilio coniugale e trasferendo in paese estero la residenza? La ragione di dubitarne non si trarrebbe già dalla capacità della donna, che non sarebbe punto diminuita, nè sottoposta alla forma abilitante dell'autorizzazione del marito per questo atto di rinunzia, che non è certamente compreso tra quelli pei quali tassativamente è richiesta tale autorizzazione (art. 134 cod. civ.); nè avrebbe potuto esservi compreso, trattandosi appunto di un atto essenzialmente e strettissimamente personale. Ma il dubbio potrebbe sorgere dal considerare, che in tutto il sistema adottato dalla nostra legislazione predomina l'intento dell'unità di cittadinanza tra i coniugi; tanto che, non solo si è ammesso il principio, proclamato anche da tutte le altre legislazioni, che la donna maritandosi acquisti la cittadinanza del marito, ma si è stabilito eziandio che l'acquisto o la perdita della cittadinanza, che si verifichi da parte del marito durante il matrimonio, si comunichi anche alla moglie, se essa pure abbia presa la residenza nella nuova patria. Ora a tale sistema di unità di cittadinanza tra marito e moglie parrebbe ripugnante, che questa potesse con un atto di abdicazione volontaria sciogliersi dalla cittadinanza, che

aveva comune col marito, ed introdurre così nella famiglia quella scissura, quegli inconvenienti e quelle difficoltà, che la legge intese a togliere con tanto gravi disposizioni.

Ciò non ostante non può passare inosservato, che a questo proposito non è stata fatta, nè pure adombrata, veruna distinzione nel n. 1° dell'art. 11; e che d'altra parte nell'applicare il principio che la moglie debba, anche quanto alla cittadinanza, seguire la condizione del marito, sebbene di questa sia avvenuto cambiamento durante il matrimonio, la nostra legge però ha sempre posto come base di questa massima che anche la moglie abbia la sua residenza nel luogo che è divenuto patria del marito. Perciò il ritenere, che quando la donna maritata con un cittadino possa trasferire e trasferisca la sua residenza in paese estero, abbia anche facoltà di rinunziare con dichiarazione espressa alla cittadinanza, non sembra in opposizione collo spirito a cui s'informa il sistema adottato dalla nostra legislazione, mentre d'altronde riesce perfettamente conforme alla generalità del testo dell'art. 11, n. 1°, che ammette chiunque sia cittadino a rinunziare a questa sua qualità, trasferendo la residenza in paese estero, senza distinguere se il rinunziante sia dell'uno o dell'altro sesso, o se la donna sia nubile o maritata.

A queste considerazioni altre ne furono opposte dal compianto prof. Pacifici-Mazzoni per l'opinione contraria. Egli argomentava *a fortiori* dall'art. 10, § u° " che nega " alla moglie di uno straniero, divenuta con lui cittadina, " la facoltà di scegliere la qualità di straniera „. Soggiungeva che se dagli art. 10 e 11 è fatta qualche limitazione al principio che la moglie debba seguire lo stato di cittadinanza del marito, ciò è solo nel senso di lasciar luogo a conservare per la moglie quello stato di cittadinanza, che il marito venga a mutare durante il matrimonio. Conchiudeva: " che di sua volontà, di suo arbitrio, di " suo capriccio, la moglie possa spezzare il vincolo di " cittadinanza della sua famiglia, assolutamente non cre-

" diamo „ (1), e citava in proposito un'autorità insigne (2). Rimoviamo, innanzi tutto, ogni equivoco intorno alla posizione della questione.

Qui non si tratta di vedere se la moglie possa *a suo arbitrio, a suo capriccio*, abdicare la cittadinanza italiana, che il marito conservi. Si tratta di stabilire, se alla disposizione generale dell'articolo 11, n. 1°, possa farsi una limitazione riguardo alla donna maritata. E secondo quell'articolo non basta la semplice rinunzia alla cittadinanza italiana, se non sia accompagnata dal *trasferimento della residenza in paese estero*, trasferimento che non può verificarsi per la moglie, senza il consentimento del marito. Si presuppone, pertanto, l'accordo tra il marito e la moglie, nel conservar quello la cittadinanza italiana, e questa spogliarsene; determinazione, che potrebbe talvolta essere suggerita dagli interessi rispettivi dei coniugi stessi e della famiglia. Ora, data l'effettiva residenza della moglie all'estero, sarà ammissibile la rinunzia, ch'essa faccia espressamente alla cittadinanza italiana, a senso dell'articolo 11, n. 1°? Ecco la questione. La generalità del testo di quell'articolo è senza dubbio favorevole alla validità della rinunzia; e sarebbe necessario un fondamento ben chiaro e sicuro in qualche altra disposizione di legge, per poter introdurre nel predetto articolo una distinzione, eccettuando la donna maritata da quella facoltà che esso accorda a tutti i cittadini. L'unico appoggio, che potesse trovarsi a tale eccezione, sarebbe — per quanto crediamo noi — nel principio che la moglie deve seguire lo stato di cittadinanza del marito. Ma — come osservammo — questo principio, ben lungi d'essere assoluto, secondo la nostra legislazione, essa lo ha notevolmente temperato: collo stabilire, che la moglie rimanga straniera, sebbene il marito divenga cittadino, qualora essa *non fissi la resi-*

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, 3ª ed., vol. II, n. 35, nª 2, p. 47.
(2) V. Laurent, t. I, n. 395.

denza nel regno (art. 10, § 4°); e reciprocamente conservi la cittadinanza perduta dal marito, purchè *continui a tenere la residenza nel regno* (art. 11, § 2°). È ammesso dunque che la moglie possa avere nazionalità diversa dal marito; e in ciò la legge nostra attribuisce un'essenziale influenza *al fatto della residenza* — quel fatto, appunto, senza il quale non può perdersi la cittadinanza per rinunzia espressa. Ma, nei casi degli articoli 10 e 11 — obbiettava il Pacifici-Mazzoni — l'ammettersi per la moglie una cittadinanza diversa da quella del marito, è giustificato dall'intento di non lasciare in balia di lui di privarla dello stato che ha, e che può grandemente interessarle di conservare. E ciò è verissimo. Ma non è forse giustificabile parimente che quando interessi al marito di conservare la cittadinanza italiana, ed alla moglie invece di spogliarsene, quando in tale pensiero e proposito si accordino marito e moglie, e ciò risulti anche dal fatto della residenza di lei in paese estero, si faccia luogo alla rinunzia espressa della cittadinanza da parte della moglie, secondo l'articolo 11, n. 1°? E perchè dovrebb'essere in questo caso costretta la donna a rimanere cittadina italiana contro la propria volontà e il proprio interesse, per la sola ragione che al marito giovi invece di conservare questa cittadinanza? Non sarebbe ciò in opposizione coi principii fondamentali adottati in questa materia della nostra legislazione?

“ Una patria libera vuole liberi figli — diceva l'illustre “ relatore al Senato — e non servi della gleba. Quindi “ cancellando ogni traccia delle barbare leggi, le quali dello “ stato facevano una grande prigione, il progetto lascia “ libera facoltà di abdicare la cittadinanza e di abban- “ donare la patria a coloro, cui un prepotente bisogno, “ gravi infortuni, o la speranza di sorti migliori traggano “ a vivere sotto altro cielo „ (1).

---

(1) V. *Relazione* senatoria, lib. I, p. 14.

Il Pacifici-Mazzoni obbiettava ancora, che poichè l'articolo 10, ultimo alinea, non permette alla moglie di eleggere la *qualità di straniera* allorchè il marito suo abbia chiesta ed ottenuta la naturalizzazione italiana, *a maggior ragione* debba ritenersi vietato alla moglie di chi rimane cittadino di abdicare la cittadinanza. Ma l'egregio autore non rifletteva, che nell'ipotesi dell'art. 10 la moglie è divenuta cittadina, non perchè solo il marito di lei sia stato naturalizzato, ma perchè inoltre *essa stessa ha fissata la sua residenza nel regno*. Divenuta così cittadina, in conseguenza anche di un fatto proprio, è naturale che non le si conceda di *eleggere la qualità di straniera*, con una semplice dichiarazione fatta davanti l'ufficiale dello stato civile, a senso dell'articolo 5, mantenendo nondimeno la sua residenza nel regno. Ma da ciò si può indurre che nemmeno sia lecito a questa donna, nè ad altre mogli di cittadini, di abdicare la cittadinanza, a termini della disposizione generale dell'art. 11 nº 1º, facendo non solo la dichiarazione di voler essere straniera, ma trasferendo nello stesso tempo la residenza in paese estero? È troppo chiaro che si tratta di due casi affatto diversi, tra i quali non vi è quel fondamento di somiglianza, che possa dar ragione di argomentare *a fortiori*.

È poi invocata fuor di proposito l'autorità del Laurent, il quale nel luogo citato dimostra che “ la donna francese “ maritatasi ad uno straniero, non può ricuperare la propria “ nazionalità finchè non sia sciolto il matrimonio „; ciò che è vero anche secondo l'articolo 14 del codice italiano, ma evidentemente non ha alcuna relazione col potersi, o no, dalla donna cittadina, durante il matrimonio, rinunziare alla cittadinanza trasferendo la sua residenza in paese estero.

Tutto considerato, non troviamo motivo di abbandonare la prima nostra opinione.

75. Quanto alle condizioni, sotto le quali si può spogliarsi della qualità di cittadino col mezzo di rinunzia espressa, esse risultano chiaramente dal testo della disposizione di cui ora ci occupiamo, e sono le seguenti:

1° che la dichiarazione di rinunzia si faccia davanti all'uffiziale di stato civile del proprio domicilio;

2° che si trasferisca in paese estero la propria residenza.

La competenza dell'uffiziale di stato civile è determinata dal *domicilio* o *residenza attuale*, che il dichiarante abbia nel regno. Che se egli avesse già presa residenza in paese estero, la dichiarazione sarebbe ricevuta dall'agente diplomatico o consolare, che dentro i tre mesi successivi ne trasmetterebbe copia, col mezzo del ministero degli affari esteri, all'ufficiale di stato civile del luogo di ultimo domicilio del dichiarante (art. 46 comb. col 44 del R. decr. 15 novembre 1865, n. 2602, sull'ordinamento dello stato civile).

Le forme della dichiarazione sono regolate dalle disposizioni generali del codice sugli atti dello stato civile, non che da quelle del citato decreto 15 novembre 1865.

Ben s'intende poi, che la dichiarazione dev'essere seria, non *simulata*, nè fatta con *frode* per fini di avvantaggiarsi a danno di terzi. Ad una rinunzia fraudolenta o simulata non potrebbesi attribuire veruno effetto. Bastano a ciò i principii generali, quantunque questa massima non sia qui ripetuta in modo particolare, come fu proposto alla commissione coordinatrice di fare, aggiungendo alle parole — *da colui che vi rinunzia* — l'altra — *efficacemente* — La quale aggiunta non fu accettata, siccome superflua (1).

Altra condizione, non meno essenziale, è quella del trasferimento della residenza in paese estero; affinchè ne risulti giustificata la presunzione, che gravi motivi di condizioni personali, di bisogni o d'interessi particolari, abbiano indotto all'abdicazione della cittadinanza, e sia rimosso il sospetto che essa sia stata dettata unicamente dall'inten-

---

(1) V. *Proc. verb.*, n. 3, § V, pag. 42.

dimento di sottrarsi agli oneri derivanti dalla qualità di cittadino, continuando tuttavia a goderne i vantaggi. Pertanto a nulla varrebbe la sola dichiarazione espressa, quantunque regolarmente fatta, di rinunziare alla cittadinanza, se non vi si associasse il fatto del trasferimento della residenza in paese estero. Del resto, non è punto necessario che tale trasferimento sia contemporaneo alla dichiarazione di rinunzia, ma basta che in qualunque tempo concorra con essa. Pertanto avrebbe immediato effetto la rinunzia di chi si fosse già prima portato a risedere all'estero, come in caso contrario la rinunzia non diverrebbe efficace, se non da quel giorno qualunque in cui al fatto della dichiarazione emessa davanti l'uffiziale dello stato civile si aggiungesse l'altro della residenza presa in paese straniero.

Non è necessario che intervenga alcuna autorizzazione governativa, per ispogliarsi in questo modo della cittadinanza; e ciò non solo in omaggio della piena libertà individuale, ma anche per una giusta parità di trattamento in confronto cogli stranieri, i quali possono acquistare la naturalità italiana senza bisogno che vi consenta l'autorità dello stato da cui dipendono (1).

Neppure è necessario che chi abbandona per rinunzia la cittadinanza Italiana, abbia acquistato od acquisti contemporaneamente la qualità di cittadino in uno stato estero. La legge non lo esige; nè sarebbe quindi ammissibile l'aggiungervi arbitrariamente questa condizione; la quale d'altronde costituirebbe allora di per sè una causa diversa di perdita della cittadinanza, cioè per rinunzia tacita dipendente da naturalizzazione ottenuta in paese straniero (art. 11 n° 2° cod. civ.). Vero è che si potrà a questo modo avere l'anomalia, che taluno cessi d'essere cittadino Italiano senza avere acquistato altra cittadinanza, e così non appartenga più ad alcuna patria. Ma questo, che d'altra parte sarà

---

(1) V. *Relazione* Pisanelli, § I, pag. 4.

caso rarissimo in fatto, è il portato inevitabile della estensione che si volle dare all'esercizio della libertà individuale, permettendo l'abdicazione espressa e diretta della cittadinanza.

§ II. — Della perdita della cittadinanza derivante da rinunzia tacita.

Sommario. — 76. Fatti sui quali la legge stabilisce la presunzione d'una rinuncia tacita alla cittadinanza. — 77. (*a*) Naturalizzazione in paese estero. — 78. (*b*) Accettazione d'impiego da un governo straniero. — 79. (*c*) Servizio militare assunto presso una potenza estera. — 80. Se i minori di età possono perdere la cittadinanza per rinunzia tacita.

76. Ammettendo che la cittadinanza possa essere perduta anche per effetto di rinunzia tacita, la nostra legge non ha però voluto abbandonare al potere discretivo dei giudici l'apprezzamento delle circostanze, da cui la tacita volontà della persona possa argomentarsi. Sarebbesi con ciò portata la incertezza, e aperto il campo all'arbitrio in una materia troppo grave, quale è quella dello stato di cittadino. La legge stessa pertanto ha preso cura di determinare i fatti, dai quali, per propria presunzione assoluta, essa argomenta la volontà del cittadino di rinunziare a questa sua qualità; sicchè da una parte, in presenza di uno di que' fatti non sarebbe più lecito disputare se la persona da cui fosse stato emesso avesse, o non, inteso di abdicare alla propria qualità di cittadino; come d'altra parte, in mancanza di que' fatti, non potrebbe ammettersi che da altre circostanze si argomentasse quella tacita volontà (1). Sotto questo aspetto già avvertimmo altra volta, che i modi di rinunzia tacita alla cittadinanza, indicati nell'articolo 11 n. 2° e 3° del codice civile, sono *tassativi;* e meglio che rinunzia tacita, si potrebbe forse questa dire

(1) V. decisione della Corte d'appello di Roma, 8 ottobre 1878 (*Giur. Ital.*, XYX, I, 2, 221).

una *rinunzia presunta*, e per *presunzione assoluta*, che non ammette prova in contrario.

Nella determinazione dei fatti, che danno fondamento alla presunzione legale ed assoluta di rinunzia alla cittadinanza, si è partito da questo pensiero fondamentale; doversi ritenere che si spogli della cittadinanza italiana chi volontariamente pongasi in tale condizione, per la quale i suoi doveri come cittadino del regno possano trovarsi in collisione con quelli ch'egli assuma verso uno stato o verso un governo straniero. Con questa vista fu stabilito perdersi la cittadinanza:

1° " da colui che abbia ottenuto la cittadinanza in „ paese estero (art. 11 n. 2° cod. civ.);

2.° " da colui che senza permissione del governo abbia „ accettato impiego da un governo estero (art. 11 n. 3° „ p^e^ 1^a^);

3° " da colui che senza permissione del governo " sia entrato al servizio militare di potenza estera (art. 11 " n. 3° p^e^ 2^a^).

77. (*a*) È principio generale che non si possa appartenere ad un tempo a due patrie. I doveri che si hanno verso l'una potrebbero troppo facilmente trovarsi in collisione con quelli che si assumessero verso l'altra, in cui si acquistasse la naturalità.

Da ciò è giustificata la massima che l'ottenere cittadinanza in paese straniero implichi rinunzia alla cittadinanza italiana.

Bisogna però che siasi acquistato in paese straniero un vero stato di cittadinanza. Non equivarebbe a ciò, e non farebbe perdere la qualità di cittadino italiano, l' avere chiesta ed ottenuta da un governo straniero l'autorizzazione di godere dei diritti civili in quello stato, senza però divenirne cittadino.

Bisogna, in secondo luogo, che la cittadinanzu in paese estero siasi acquistata in modo definitivo ed assoluto; sic-

chè non basterebbe che fosse essa stata chiesta, e nemmeno che fosse stata accordata, se a renderne effettivo l'acquisto fosse necessario, secondo le leggi del luogo, l'adempimento di qualche condizione o formalità, che ancora non fosse stata eseguita.

Bisogna da ultimo che la cittadinanza straniera sia stata *ottenuta*, cioè che ad acquistarla abbia concorso la volontà individuale; o perchè sia stata chiesta, o perchè conferita per virtù di disposizione generale legislativa o per atto dell'autorità suprema dello stato estero, sia anche stata accettata o espressamente o tacitamente. Così, se una legge straniera naturalizzi di pien diritto lo straniero dipendentemente da certi fatti, per es. di avere fondato nello stato uno stabilimento commerciale o industriale, di avervi acquistati beni immobili, ecc. l'italiano non perderà la cittadinanza del regno pel solo fatto di trovarsi nelle circostanze previste da quella legge straniera, ma unicamente quando la condotta personale di lui dimostri aver esso liberamente e scientemente accettato il benefizio di quella naturalità.

Ma quando si verificassero queste condizioni, non avrebbero poi nessuno effetto le dichiarazioni, le riserve o le proteste in contrario, che fossero state emesse da chi volontariamente avesse acquistata la naturalità straniera.

Alla perdita della cittadinanza per questa causa non è fatta eccezione, a differenza di quando si tratti dell' accettazione d'impiego pubblico o di servizio militare in paese estero, pel caso in cui siasi ottenuta speciale permissione dal governo nostro. Non era infatti ammissibile che un atto governativo andasse contro al principio fondamentale, che niuno possa contemporaneamente essere cittadino di più patrie.

Non si è poi subordinata la perdita della cittadinanza, dipendente da naturalizzazione straniera, al concorso dell'altra circostanza che siasi trasferita nel paese estero la residenza, come si è stabilito pel caso di rinunzia espressa.

La ragione della qual differenza non è, in vero, molto difficile a scoprirsi. Chi volontariamente acquista la cittadinanza in paese straniero, si pone per questo solo fatto in condizione di perdere la cittadinanza italiana, perchè non può avere due patrie ad un tempo; e su ciò non può esercitare influenza di sorta la circostanza ch' egli conservi la sua residenza nel regno, o piuttosto la trasferisca all'estero. Chi invece non fa che una semplice dichiarazione di rinunzia alla cittadinanza italiana non rompe con ciò solo i rapporti che lo legano alla patria: ed unicamente quando a quella dichiarazione aggiunga il fatto di trasferire la propria residenza all' estero, dimostra la volontà seria di cessare da quei rapporti, giustifica la presunzione che motivi reali di bisogno o d'interesse lo inducano ad abbandonare la patria sua, e rimuove il sospetto che la rinunzia sia ispirata dall' intendimento di sottrarsi agli oneri, che la cittadinanza può imporre, continuando a fruirne i benefizi.

Nel progetto di codice presentato dal ministro, e nell'altro concordato poi colla commissione del senato, si esigeva meno che un vero *trasferimento di residenza;* ma si esigeva, ad ogni modo, che chi avesse ottenuto la cittadinanza in paese estero avesse inoltre *cessato di dimorare nel regno.* Questa condizione però, oltre l' inconveniente già notato, di supporre che non bastasse la naturale incompatibilità di due cittadinanze attribuite contemporaneamente alla stessa persona, aveva poi l'altro, che la semplice *dimora* essendo di natura sua *temporanea, non abituale,* diveniva illusorio l' esigere un mutamento, che poteva essere affatto momentaneo, e ridursi ad una vana ed inutile dimostrazione. Su questi riflessi la Commissione coordinatrice determinò di sopprimere quelle parole — *e cessato di dimorare nel regno.* — (1).

---

(1) V. *Proc. verb.*, n. 3, § 3, pag. 41.

78. (*b*) L'accettazione d'impiego da un governo estero pone il più delle volte il cittadino fra due ordini di doveri differenti e spesso contrari. Per questa ragione fu considerata l'accettazione di tali impieghi come portante una tacita rinunzia alla cittadinanza.

Ma ciò non può dirsi veramente se non degl'*impieghi governativi*, o siano poi nell'ordine politico o nell'amministrativo o nel giudiziario, che pongono l'impiegato in dipendenza diretta da un governo straniero, e possono quindi far luogo alla temuta collisione di doveri.

Con questo intendimento fu mutata la dizione primitiva dell'articolo, che nel progetto ministeriale e in quello della commissione del senato parlava di chi " *abbia accettato impiego pubblico in paese estero* „ sostituendovi le parole " *abbia accettato impiego da un governo estero* „ (1).

Così, non v'ha dubbio che l'esercizio d'una professione libera, d'avvocato, di medico, d'istitutore, o l'esercizio del ministero del culto, non potrebbesi parificare ad *impiego* conferito da un governo estero, quand'anche per intraprendere quell'esercizio fosse necessaria la prestazione del giuramento di osservare in esso le leggi dello stato straniero. Solamente quando quelle funzioni pubbliche fossero retribuite dal governo estero, potrebbero assumere carattere di impieghi governativi, se veramente ponessero chi le accetta alla dipendenza del governo da cui è stipendiato.

È indubitabile parimente, che gl'impieghi municipali, provinciali, o presso istituti pubblici stranieri quali che fossero, non potrebbero considerarsi come impieghi governativi. Nè sembra che una diversa massima dovesse abbracciarsi per noi riguardo ai servizi personali presso principi stranieri, non ostante che la contraria dottrina prevalesse in Francia; dove l'articolo 17 di quel codice usava la espressione più estesa di *funzioni pubbliche* con-

---

(1) V. *Proc. verb.*, n. 3, § IV, pag. 41.

ferite da un governo straniero; mentre come veri *impieghi governativi*, secondo la lettera della disposizione nostra, e lo spirito che ne fu dichiarato nell' accennata discussione fatta dalla commissione coordinatrice, non pare che possano mai qualificarsi i *servigi e titoli personali presso principi stranieri*. E tanto più conforta a questa stretta interpretazione il considerare che versiamo qui in materia odiosa ed eccezionale, quale quella della privazione della cittadinanza.

L'articolo nostro parla di *accettazione d'impiego da un governo estero;* sicchè nè la domanda d'impiego non ancora ottenuto, nè il conferimento d'un impiego non ancora accettato basterebbe a produrre la perdita della cittadinanza.

Nè poi questa perdita deriva dalla stessa accettazione d'un vero impiego governativo in paese straniero, se non quando essa sia avvenuta *senza permissione del governo.* Può darsi, in casi particolari, che la natura dell'impiego sia tale da non produrre quella collisione coi doveri di cittadino, che ha dato motivo alla disposizione generale, colla quale è imposta per ciò la privazione di tale qualità. E la legge ha saviamente ordinato che il giudizio su tali particolarità di casi sia riservato al governo; il cui permesso essendo chiesto e intervenendo, cessa nell'accettazione autorizzata dell'impiego governativo all'estero ogni ragione ed ogni carattere di rinunzia alla cittadinanza.

L'autorizzazione dev'essere naturalmente anteriore all'accettazione dell'impiego. Data posteriormente non potrebbe sanare la privazione già incorsa della cittadinanza; salvo il poterla riacquistare a tenore dell'artticolo 13, od anche l'ottenere, come qualunque straniero, la naturalizzazione, col permesso di conservare l'impiego assunto in paese estero.

79. (*c*) Il terzo modo di rinunzia tacita alla cittadinanza consiste, come fu sopra enunciato, nell'essere *entrato*

al servizio militare di potenza estera. Colle quali parole si accenna, secondo lo spirito evidente di questa disposizione, ad un servizio regolare in un corpo disciplinato e assoldato dal governo; non già ad un servizio volontario e temporaneo, che in casi di urgenza, e per necessità di sicurezza pubblica del paese straniero in cui momentaneamente si trovasse, il cittadino nostro avesse prestato.

Del resto anche al servizio militare sono completamente applicabili le cose discorse nel numero precedente, quanto al caso in cui esso sia prestato a potenza estera da un nostro cittadino *con permissione speciale del governo.*

80. La questione, già altrove discussa in ordine alla rinunzia espressa, se cioè questa possa farsi efficacemente da persona minore di età, si ripresenta più grave riguardo alla rinunzia tacita; avvegnachè non si tratti più di un atto personale, tendente direttamente a spogliarsi della cittadinanza, sicchè vada soggetto al principio generale della incapacità del minore agli atti tutti della vita civile, ma di *fatti*, ai quali per virtù di legge è annessa la privazione della cittadinanza: ad incorrere nella quale perdita, la volontà della persona concorre pertanto indirettamente soltanto. Ond'è che verificandosi tali fatti, i quali non sono punto impossibili da parte d'un minore di età, potrebbesi pensare che dovesse anche in questo caso derivarne l'effetto legale della privazione della qualità di cittadino, nulla essendo espresso in contrario dalla disposizione, la quale parla in genere *di colui che abbia ottenuto la cittadinanza in paese estero, di colui che, senza permissione del governo, abbia accettato impiego da un governo estero, o sia entrato al servizio militare di potenza estera*, senza distinguere se egli sia maggiore o minore di età.

È da riflettere però, che non si tratta quì di fatti indipendenti dalla persona, ai quali la legge annetta la privazione della cittadinanza; ma di fatti volontari, in cui

la legge stessa scorge gli elementi di una *rinunzia tacita*, alla quale dà effetto colla propria disposizione. Ora i minorenni non hanno, legalmente parlando, una volontà, la quale nei rapporti civili possa essere produttiva di effetti legali in loro danno. Perciò, non solo gli atti direttamente tendenti a produrre determinati effetti giuridici, ma qualunque fatto o qualunque ommissione seguita durante la minorile età, non può generalmente pregiudicare ai minori. Ne abbiamo esempio nella prescrizione, dove l' inazione del creditore o proprietario, che sia minorenne, non può pregiudicargli, perchè la prescrizione non corre contro di lui.

Non sembra dunque ammissibile, che i fatti i quali, per presunta volontaria rinunzia, arrecherebbero privazione della cittadinanza per un maggiorenne, possano produrre questo effetto a danno d'un minore di età.

Questa massima si uniforma d' altronde a tutto il sistema adottato dalla nostra legge, la quale in tutti i casi di elezione della qualità di cittadino o di straniero, dove il mutamento dello stato civile dipende dalla volontà della persona, ha sempre richiesto che questa sia maggiorenne.

Ma quale sarà la estensione di tale massima? Intenderemo forse che il fatto, ad esempio, di essere entrato, senza permissione del governo, al servizio militare d'una potenza estera, non possa produrre l'effetto della perdita della cittadinanza, nemmeno dopo raggiunta la maggiore età da chi l'abbia commesso mentre era minore? Sarebbe questa una esagerazione evidente; poichè si tratta di fatti continuativi di loro natura, sicchè il perseverare in essi, dopo che si è giunto alla età maggiore, equivale perfettamente all'averli compiuti dopo questo tempo.

Da ciò per altro deriverebbe, a rigore, che nel primo istante immediatamente successivo al compimento della età minorile si effettuasse, dipendentemente dai fatti verificatisi nel durare di essa ma continuati dipoi, la perdita della cittadinanza. E ciò posto, quale sarebbe il vantaggio

di averla evitata fino allora, se a chi diviene maggiorenne non rimanesse il tempo di far cessare i fatti, la cui origine risale alla sua minore età, per sottrarsi ai loro effetti che lo privano della cittadinanza? Sembra veramente che a quest'uopo provvedessero con molta opportunità i codici Parmense ed Estense, i quali pel caso in cui persone minori di età avessero emesso qualcuno dei fatti producenti la perdita della cittadinanza stabilivano, che *la incorressero allora solamente quando dentro un anno a partire dalla maggiore età non rientrassero nello Stato, e non rinunziassero all'impiego che avessero accettato all'estero.*

Ma nulla di simile essendo disposto dal codice Italiano, sembra doversene conchiudere, che rigorosamente chi in minore età avesse ottenuto cittadinanza straniera, avesse accettato un impiego governativo o preso servizio militare in paese estero, dovrebbe perdere la cittadinanza nostra appena divenisse maggiorenne secondo la legge italiana; che però questo rigore estremo riuscendo a distruggere gli effetti del principio che non possano pregiudicare al minore i fatti emessi da lui durante la minore età, spetti ai tribunali il determinare, secondo le particolarità dei casi, quando la continuazione di que' fatti dopo raggiunta la maggiore età sia divenuta sufficiente per parificarli all'ottenimento della cittadinanza, all'accettazione d'impiego o servizio militare in paese straniero posteriormente all'età maggiore stessa.

Il Pacifici-Mazzoni opinò invece, che i fatti portanti, secondo la legge, rinunzia tacita alla cittadinanza, se commessi da persona minorenne, non la facciano incorrere nella perdita della cittadinanza finchè la minorità duri, ma producano quella perdita dal momento in cui l'autore dei fatti predetti abbia raggiunta la maggiore età (1).

E questa risoluzione, di fronte al codice Italiano, che non stabilisce un termine entro il quale il minorenne dive-

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, 3ª ed., vol. II, n. 37, III, nª 1.

nuto maggiore possa rinunziare alla cittadinanza straniera, all'impiego od al servizio militare accettato in paese estero, per non rimanere privo della cittadinanza italiana, può apparire, come avvertimmo noi pure, rigorosamente giuridica. Se non che ne deriva l'assurdo e la contraddizione, che mentre si professa non potere i fatti d'avere ottenuta cittadinanza, accettato impiego, od assunto servizio militare all'estero, nuocere a colui che sia minore di età, di fatto poi si viene ad ammettere a carico di lui questo pregiudizio, se al momento stesso in cui finisce la minore età lo si reputa per que' fatti privato immediatamente della cittadinanza. Ed è per questa ragione, che reputiamo più congruo il ritenere doversi, secondo le circostanze de' casi, apprezzare quando dalla continuazione di quei fatti, per più o men lungo tempo dopo raggiunta la maggiore età, sia da indursi la rinunzia tacita alla cittadinanza; ed essere quindi indispensabile il riferirsi, su tale proposito, al prudente giudizio dei tribunali.

Il Pacifici-Mazzoni citò l'autorità d'insigni giureconsulti; i quali infatti insegnarono che "il servizio militare assunto " presso una potenza straniera, senz'autorizzazione del go- " verno francese, non produce la perdita della qualità di " francese, *se non quando l'obbligo di tale servizio sia stato* " *assunto in maggiore età* „ (1). Ma questi autori non si sono pronunciati intorno al caso speciale, che il servizio, assunto in origine durante la minorità, sia stato poi continuato dopo raggiunta l'età maggiore.

§ III. — Della perdita della cittadinanza derivante da matrimonio.

SOMMARIO. — 81. Condizione della donna cittadina che si mariti ad uno straniero.

81. Le ragioni per le quali abbiam visto che la donna andando a marito segue la condizione civile di lui anche

(1) V. AUBRY e RAU, t. I, § 74, n. 2, nª 10.

rispetto allo stato di cittadinanza (1) dovevano avere per necessaria conseguenza che sposandosi ad uno straniero la cittadina, avesse essa pure a divenire straniera. Chè se essa acquista la cittadinanza stessa che spetta al marito, deve perdere l' altra che fino allora ebbe, non potendo serbare contemporaneamente la cittadinanza di due patrie diverse.

L'articolo 17 del progetto di codice concertato tra la Commissione del Senato e il Ministro Guardasigilli, come l'articolo 15 del primo progetto ministeriale, enunciava in modo assoluto e incondizionato il principio che " La donna " cittadina che si marita a uno straniero diviene straniera „ Ma nel corrispondente articolo 14 del codice fu aggiunta questa condizione " *semprechè col fatto del matrimonio acquisti " la cittadinanza del marito* „.

Allorchè questa proposta fu fatta alla Commissione da uno de' suoi componenti, vi fu chi obbiettò " sembrare " inutile la spiegazione proposta, poichè è evidente che " quando pel fatto del matrimonio la donna cittadina " non acquista un'altra cittadinanza, deve ritenere quella " che aveva prima del matrimonio „ (2).

L'addotta evidenza non era però tanto grande che gravi dubbi non avessero potuto elevarsi in contrario, se la legge non li avesse dissipati con espressa disposizione. Ed in vero sarebbesi potuto dire, non senza fondamento, che qui, come sempre, la nostra legge stabilisce i principii che reputa più giusti e più convenienti praticamente, senza preoccuparsi di ciò che in contrario possa essere stabilito da altre legislazioni; che il nostro codice avendo proclamato il principio di ragione che la donna debba seguire la condizione del marito anche quanto alla cittadinanza di lui, essa deve pertanto rispetto a noi considerarsi come divenuta straniera se straniero è il marito, quand'anche le leggi a cui questi è soggetto non le concedano l'acquisto della cittadinanza in

---

(1) V. sopra, n. 67.
(2) V. *Proc. verb.*, n. 3, § VI, pag. 44.

forza del matrimonio. E vediamo infatti questa tesi sostenuta da illustri autori francesi (1).

Qualcun altro aveva invero pensato ad una risoluzione diversa; dicendo inammissibile che pel matrimonio contratto con uno straniero la cittadina francese potesse rimanere senz'alcuna patria; e sostenendo perciò, che quantunque essa non acquistasse la cittadinanza del marito, secondo la legge straniera a cui questi fosse soggetto, dovesse nondimeno in virtù della legge francese, essere considerata in Francia come avente la medesima cittadinanza del marito (2).

Se non che, questo mezzo, studiato all' intento di non lasciar priva d'ogni stato di cittadinanza la francese che si maritasse a uno straniero, incorreva poi in un assurdo non minore; attribuendo alla legge francese la virtù di conferire uno stato di cittadinanza straniera. Nè valeva il dire che solo in Francia si sarebbero applicati per quella donna divenuta straniera i rapporti giuridici della cittadinanza del marito, nonostantechè nello Stato estero a cui questi appartenesse, e secondo le leggi colà vigenti, quella donna continuasse ad essere riguardata come straniera allo Stato medesimo. Perciocchè l'applicare i rapporti giuridici d'una determinata cittadinanza, presuppone che questa appartenga veramente ad una data persona; alla quale non spettando tale cittadinanza per le leggi del luogo, sarebbe necessario che potessero conferirgliela le leggi dello Stato in cui l'applicazione di quei rapporti si effettuasse. Così diverrebbe inevitabile ammettere la strana idea che le leggi d'uno Stato avessero virtù di attribuire ad una persona la cittadinanza d'uno Stato diverso.

Comunque sia, ciò che abbiam riferito ora, e la stessa diversità delle opinioni professate dagli autori circa lo stato da attribuirsi alla cittadina maritatasi ad uno straniero, le

---

(1) V. Marcadé, art. 19, § I, n. 158, t. I, pagg. 117, 118; Demolombe, t. I, n. 183; Laurent, *Principes de droit civil*, t. I, n. 385.

(2) V. Mourlon, *Répétitions écrites*, t. I, p. 104 ss.

cui leggi non concedessero a lei l'acquisto della cittadinanza medesima del marito, basta a dimostrare il niun fondamento dell'affermazione d'uno dei componenti la Commissione legislativa, che fosse superflua ogni disposizione espressa, essendo sufficienti i principii generali di diritto a stabilire con evidenza che se la cittadina maritandosi ad uno straniero non acquisti la cittadinanza stessa del marito, essa debba necessariamente conservare la propria.

Fu dunque un savio partito quello adottato dalla maggioranza della Commissione, di sciogliere con disposizione espressa il dubbio che poteva sorgere in una materia di tanta importanza, pel caso che una qualche legislazione straniera neghi alla donna che si congiunge in matrimonio l'acquisto della cittadinanza spettante al marito.

E il dubbio fu sciolto in quel senso, che se anche non fosse conforme alla più rigorosa applicazione dei principii, è però certamente il più temperato ad equità; giacchè impedisce il grave inconveniente che la cittadina, la quale si mariti ad uno straniero, rimanga in qualche caso priva di patria, non appartenga più ad alcuna nazione.

Del resto, le massime dimostrate relativamente all'acquisto della cittadinanza, che si fa dalla straniera maritandosi ad un cittadino, sia quanto al non doversi distinguere se si tratti di donna maggiore o minore di età, sia quanto all'essere condizione necessaria la *validità* del matrimonio, sono perfettamente applicabili anche alla perdita di cittadinanza che s' incorre dalla cittadina maritandosi ad uno straniero (1).

§ IV. — Regole comuni ai diversi casi di perdita della cittadinanza.

SOMMARIO. — 82. Oggetti diversi di queste regole comuni. — 83. (*a*) Condizione che la legge fa alla moglie ed ai figli minori di chi perde la citta-

(1) V. sopra, d° n. 67.

dinanza. — 84. Con quale estensione debbasi interpretare, ed a quali casi applicare la relativa disposizione contenuta nel penultimo paragrafo dell'art. 11. — 85. Eccezione ammessa dal predetto articolo in favore della moglie e dei figli minori di colui che ha perduta la cittadinanza italiana, qualora abbiano continuato a tenere la loro residenza nel regno. — 86. (*b*) Non-retroattività della perdita della cittadinanza. — 87. (*c*) Vincoli che rimangono verso la patria a chi abbia perduta la qualità di cittadino.

82. Vi sono alcune regole comuni alle diverse cause fin qui dimostrate da cui può derivare la perdita della cittadinanza.

Queste regole riguardano:

1° Lo stato che la legge attribuisce alla moglie ed ai figli minori di colui che perde la qualità di cittadino;

2° Il tempo dal quale cominciano gli effetti della perdita di cittadinanza;

3° I vincoli pei quali chi subisce la privazione della cittadinanza rimane tuttavia legato alla patria da lui perduta.

83. (*a*) Gli stessi motivi, che abbiam visto avere determinato ad ammettere nel nostro codice il principio che la moglie e i figli minori dello straniero, il quale ottenga la cittadinanza italiana, divengono cittadini, semprechè abbiano anch'essi fissato la residenza nel regno (art. 10, § u°, cod. civ.) (1), indussero a stabilire reciprocamente che " La moglie ed i figli minori di colui che ha perduto la cit- " tadinanza, divengono stranieri, salvo che abbiano conti- " nuato a tenere la loro residenza nel regno (art. 11, § pen°, cod. civ.). Domina sempre in tutto questo la massima, che la moglie ed i figli minori debbano seguire, anche quanto allo stato di cittadinanza, la condizione del marito e del padre rispettivamente; affinchè si mantenga l'unità nella costituzione della famiglia, e non sorgano quelle scissure, quegl'inconvenienti, quelle difficoltà gravissime, che s'incontrerebbero qualora avessero una nazionalità diversa il

---

(1) V. sopra, n. 71.

marito e la moglie, il padre ed i figli soggetti alla podestà di lui.

Veramente non si può disconoscere una grave differenza tra i due casi di acquisto e di perdita della cittadinanza; chè nel primo, essendo favorevole alla moglie ed ai figli l'estendere anche ad essi l'acquisto della qualità di cittadino ottenuta dal marito o dal padre, potevasi a ciò più facilmente determinarsi, che non nell'altro caso a far subire alla moglie ed ai figli minori il danno della privazione di cittadinanza incorsa dal marito o dal padre per fatto proprio. Prevalse tuttavia il pensiero di seguire sempre il principio direttivo che la famiglia non dovesse scindersi in due parti, ognuna delle quali avesse una nazionalità diversa, e fosse quindi soggetta a differente legislazione, e di stabilire tra i due casi di acquisto e di perdita della cittadinanza una perfetta reciprocità.

84. Secondo la espressione letterale del riferito paragrafo dell'articolo 11, esso non contemplerebbe che il solo caso di *perdita della cittadinanza, incorsa dal marito o dal padre;* nè avverso la regola, che anche la moglie ed i figli minori di lui divengono allora stranieri, ammetterebbe altra limitazione fuorchè per l'ipotesi che la moglie ed i figli avessero continuato a tenere la loro residenza nel regno.

Nondimeno non sembra che al rigore di tali termini sia da ritenersi, quanto alla regola predetta, assolutamente ristretto il senso di quel paragrafo, secondo la intenzione del legislatore. È innegabile veramente che il caso speciale, da cui fu attratta l'attenzione di lui, e che perciò formò oggetto della letterale disposizione, è appunto quello del marito e padre divenuto straniero. E siccome, nel render comune anche ai figli l'identico nuovo stato del padre, la legge non richiede altra condizione che la *minorità* dei figli medesimi, pare indubitabile che la regola dovrebbesi applicare quali che fossero tra il padre ed i figli i rapporti re-

lativi alla patria podestà. Così, supposto che questa fosse stata perduta dal padre per condanna penale, o che per abusi da lui commessi fosse stato nominato ai figli un tutore, secondo l'art. 233 del cod. civ., tuttavia, divenendo il padre straniero, lo diverrebbero anche i figli minori di lui. Il testo della legge non lascierebbe luogo a distinzione su tale proposito; e col testo concorderebbe anche lo spirito della disposizione, perciocchè la differenza di cittadinanza tra il padre ed i figli minori nuocerebbe pur sempre alla *unità della costituzione della famiglia*, nè sarebbe congruo che i rapporti stessi della patria podestà si reputassero ancora regolati dalle nostre leggi civili, alle quali il padre si fosse sottratto col cambiare stato di cittadinanza, e mentre i figli medesimi avessero seguita la nuova residenza di lui nel paese straniero, di cui fosse divenuto cittadino. Se invece, essendo sciolto il matrimonio per la morte del padre, la patria podestà — a senso dell'art. 220, § u° del nostro codice — venisse esercitata dalla madre superstite, ed essa perdesse la cittadinanza italiana, ed i figli prendessero con lei la residenza all'estero, non potrebbe dirsi certamente che si verificasse il caso letteralmente contemplato nell'articolo 11; ma non sembra dubbio, d'altra parte, che secondo la intenzione manifestata dal legislatore nella disposizione stessa, dovessero anche allora i figli seguire la condizione della madre divenuta straniera. Devoluto alla madre superstite l'esercizio della patria podestà, rimasta essa sola a capo della famiglia, non è forse evidente che quella *unità della costituzione della famiglia* stessa, che il legislatore volle salvaguardare colla disposizione da esso data nel penultimo paragrafo dell'art. 11, verrebbe a mancare se, essendo divenuta straniera la madre, rimanessero cittadini i figli?

Per gli stessi motivi dovrebbesi venire ad identica conclusione anche quando si trattasse di figli nati fuori di matrimonio, ed essendo ignoto il padre, ma legalmente riconosciuta o giudizialmente dichiarata la maternità, la

madre avesse perduta la cittadinanza, e i figli avessero presa con lei la loro residenza fuori del regno. Il testo parla in genere dei *figli minori di colui che ha perduto la cittadinanza*, senza richiedere che siano nati da matrimonio legittimo; nè vi sarebbe stata ragione di distinguere tra i due casi, perchè, se è riconosciuta legalmente o dichiarata giudizialmente — nei casi di eccezione in cui le indagini sono ammesse — la paternità naturale, il padre ha sui figli una tutela legale equiparata alla patria podestà nei suoi principali attributi (art. 184, cod. civ.), e perciò gli stessi motivi pei quali si obbligano i figli legittimi minorenni a seguire lo stato di cittadinanza cangiato dal padre, stanno egualmente pei figli naturali legalmente riconosciuti (quando anch'essi abbiano assunta la residenza all'estero), al fine di non pregiudicare all'unità della costituzione di questa famiglia. Se poi il padre è ignoto, ma la maternità fu legalmente riconosciuta o giudizialmente dichiarata, la tutela legale dei figli minorenni spetta alla madre, è dessa che esercita, quanto all'autorità sulle persone loro ed all' amministrazione dei loro beni, attributi identici a quelli della patria podestà, è dessa che trovasi a capo di questa famiglia naturale, l'unità della cui costituzione non consentirebbe, secondo lo spirito della nostra legislazione, che divenendo straniera la madre, e trasferendosi con lei a risiedere in altro stato pure i figli, questi nondimeno rimanessero cittadini italiani. Sembra dunque da ammettersi l'applicabilità del penultimo paragrafo dell'art. 11 anche ai figli naturali, di cui sia legalmente conosciuta la madre, ma ignoto il padre, quando quella perda la cittadinanza italiana, ed essi non continuino a risiedere nel regno. Adottata la qual massima, non può più esservi ragione di fare distinzione alcuna intorno alla specialità delle cause diverse per le quali la madre possa aver perduta la cittadinanza; sia che ciò avvenga per rinunzia espressa o tacita od anche per matrimonio contratto con uno straniero.

In tali opinioni, che enunciammo nella prima edizione di questo lavoro, altri pure convenne (1); ma insieme manifestò l'idea, che per l'applicabilità del predetto paragrafo penultimo dell'art. 11, non basti l'essersi dal marito, dal padre o dalla madre perduta la cittadinanza italiana, e l'avere la moglie e i figli cessato di risiedere nel regno, ma sia necessario inoltre che il marito, il padre o la madre abbia acquistata la cittadinanza in altro stato e con loro l'abbiano pure acquistata la moglie o i figli. " Reputo — disse il lodato autore — che nè la moglie nè i figli di colui che cessa di essere cittadino " perdano la qualità d'italiani, che in quanto quegli " acquisti la cittadinanza in paese estero, e la medesima " cittadinanza sia comunicata dalla legge straniera alla " moglie ed ai figli di lui. La stessa decisione è applicabile ai figli che seguono la condizione della madre ".

L'autore fondava questa sua massima sopra un argomento di analogia, dedotto dall'art. 14, osservando che altrimenti " mancherebbe affatto di ragione la differenza " che il legislatore avrebbe stabilita fra l'art. 14, § 1°, e " l'art. 11, § 4°. " Soggiungeva inoltre doversi ritenere che il legislatore abbia " presupposto che la moglie e i figli del " cittadino divenuto straniero, abbiano acquistata la stessa " cittadinanza del marito o padre rispettivo " mentre " sarebbe stato ben crudele di privare tali persone della " qualità di cittadini, per lasciarle nel mondo senza veruna " cittadinanza, e senza la protezione di veruna legge e di " verun potere sociale, e d'altra parte mancherebbe del " tutto lo scopo di dichiarare tali persone divenute straniere " (2).

Per quanto siamo lontani dal disconoscere il lato buono di questa dottrina, confessiamo però di dubitar grandemente ch'essa sia conciliabile col dispositivo del codice. Il quale nell'art. 11, dichiara che " la moglie ed i figli

---

(1-2) V. Pacific.-Mazzoni, *Istit.*, vol. II, n. 44, p. 48, 49.

“ minori di colui che ha perduto la cittadinanza, diven-
“ gono stranieri „ facendo a questa regola una sola limitazione espressa con quelle parole “ salvo che abbiano
“ continuato a tenere la loro residenza nel regno „. Può esser lecito all' interprete l'aggiungerne a questa limitazione un'altra, intendendovi come scritto ancora “ e salvo che rimangano privi d'ogni stato di cittadinanza „? Pare che vi osti il principio fondamentale, secondo cui alle regole di legge non possono farsi eccezioni che non vi siano scritte: “ *Exceptio est strictissimæ interpretationis ; firmat* „ *regulam in casibus non exceptis* „. Il legislatore ha dettata la sua regola — che la moglie e i figli minori di chi perde la cittadinanza italiana divengono anch' essi stranieri; — e vi ha fatta l' unica eccezione, pel caso che continuino a risiedere nel regno. L' aggiungervi un' altra eccezione è arbitrario, è offensivo all' autorità della legge nella regola da essa stabilita.

Si vuole argomentare per analogia dall' art. 14, che facendo perdere la cittadinanza italiana alla donna che si mariti ad uno straniero, eccettua il caso in cui essa non acquisti col matrimonio la cittadinanza del marito. Basterebbe forse l'osservare in contrario che l' argomento di analogia non è allegabile in materia di disposizioni eccezionali. Ma poi, la creduta analogia neppur sussiste. I casi contemplati negli articoli 11 e 14 sono essenzialmente diversi. Nel primo la legge priva la moglie e i figli minori dello stato di cittadinanza perduto dal marito o dal padre loro, per motivi di mero ordine pubblico, indipendentemente da ogni riguardo alla volontà della moglie e dei figli stessi. Nel secondo invece la legge dichiara divenire straniera la donna che si marita ad uno straniero, fondandosi anche sulla presunta volontà di lei, che col contrarre un tale matrimonio consente implicitamente a spogliarsi della qualità di cittadina. E siccome un tale consenso non sarebbe presumibile qualora la donna avesse a rimanere priva d'ogni stato di cittadinanza, è giustifi-

cata da ciò la limitazione apposta nell'art. 14. Ma se da un lato essa conserva la cittadinanza italiana, qualora non acquisti col fatto del matrimonio quella del marito, dall'altro essa diviene straniera nel caso opposto, quand'anche continui a tenere la propria residenza nel regno; perchè non è riprodotta nell'art. 14 la limitazione scritta nell'art. 11. Sono — lo ripetiamo — due casi diversi, regolati da disposizioni differenti, tra le quali non è invocabile l'analogia; e come la cittadina maritandosi ad uno straniero, del quale acquistasse col fatto del matrimonio la cittadinanza, non potrebbe pretendere d'esser considerata ancora quale cittadina italiana perchè mantenesse la propria residenza nel regno; così la moglie od i figli di chi divenga straniero, andando a risiedere all'estero, non possono sostenere d'aver conservata la cittadinanza italiana per non avere acquistata quella del marito o del padre.

È crudele — si obbietta — il lasciare questa moglie e questi figli senz'alcuno stato di cittadinanza. Ciò però non è che conseguenza del fatto del marito o del padre. La legge non doveva preoccuparsi d'altro che della convenienza, nei rapporti d'interesse generale, di lasciare a quella moglie, a quei figli la cittadinanza italiana; il cui riacquisto ha d'altronde facilitato in loro favore colla disposizione finale dell'articolo 11.

85. Secondo le dimostrazioni date nel numero precedente, l'unico caso di eccezione, in cui la moglie ed i figli minori di chi ha perduto la cittadinanza siano ammessi a conservarla, è quello ch'essi *abbiano continuato a tenere la loro residenza nel regno.* Si è riflettuto — come osservò uno dei componenti la Commissione coordinatrice — che ciò avvenendo il più delle volte col consenso del marito e del padre, sarà indizio dell'interesse che la moglie ed i figli hanno a non perdere la cittadinanza italiana, e della loro volontà di conservarla — volontà, alla quale il legislatore italiano ha stimato opportuno di deferire in parecchi

casi riguardanti l'attribuzione dello stato di cittadinanza — e che poi, comunque sia, che avendo il marito ed il padre cessato d'essere cittadino italiano, la moglie ed i figli continuino a risiedere nel regno, ciò indicherà, se non altro, che manchi in fatto quella unità ed intimità dei rapporti famigliari, da cui si trasse motivo per mantenere la unità di patria tra marito e moglie, tra padre e figli minorenni, non ostante che potesse apparire ripugnante il far subire alla moglie ed ai figli la perdita del loro stato di cittadinanza dipendentemente dal fatto del marito o del padre.

La forma di espressione, usata in questa parte dell'articolo 11 del nostro codice, può per altro lasciar qualche dubbio intorno alla interpretazione di essa. Certo è che quelle parole “ *abbiano continuato a tenere la loro residenza nel regno* „ non possono intendersi nel senso che basti l'esservi stati ancora residenti la moglie ed i figli minori nel giorno in cui il marito e il padre cessi d'essere cittadino italiano, perchè quelli non abbiano più a divenire stranieri. Ciò renderebbe manifestamente illusoria quella disposizione della legge.

La interpretazione più conforme al testo, e insieme più razionale, ci parve questa: che fino a quando la moglie ed i figli minori rimanessero tali, dovessero *continuare a tenere la loro residenza nel regno*, per non perdere la qualità di cittadini; che se la moglie durante il matrimonio, i figli durante la minorità, trasferissero la loro residenza all'estero, cessando di esistere il caso di eccezione, dovesse riprendere vigore la regola, che li obbliga a seguire la condizione del marito, del padre; che in tal caso essi potessero soltanto, dopo sciolto il matrimonio, dopo finita la minorità, riacquistare la cittadinanza nei modi stabiliti dagli articoli 6 e 14. Perciò dicemmo nella prima edizione del nostro lavoro che “ in qualunque tempo posteriore, la moglie ed i figli “ minori cessassero di risiedere nel regno, parteciperebbero “ alla condizione di straniero presa dal marito o padre “ rispettivo „; ed a tale interpretazione ci parve di trovar

pure appoggio nella disposizione dell'ultimo paragrafo dell'articolo 11, il quale dopo aver dichiarato che divengono stranieri la moglie ed i figli minori di chi ha perduta la cittadinanza, se non abbiano continuato a tenere la loro residenza nel regno, soggiunge che " *nondimeno possono* " *riacquistare la cittadinanza nei casi e modi espressi nel* " *capoverso dell'articolo* 14, quanto alla moglie, e nei due " capoversi dell'articolo 6, quanto ai figli „.

La nostra opinione trovò per altro un autorevole contraddittore, il quale scrisse queste parole: " Non credo però " che in qualunque tempo avvenire, essi (la moglie ed i figli " minori) vadano a risiedere in paese estero, divengano per " questo solo fatto stranieri: *chè altrimenti sarebbe loro in-* " *terdetta per sempre la facoltà di andare a dimorare al-* " *l'estero,* facoltà che compete ad ogni cittadino. Reputo " invece che, dove *dopo un tempo abbastanza lungo* le anzi- " dette persone trasportino in paese estero la loro residenza, " si debbano esaminare le ragioni per cui dapprima sono " rimaste nel regno per un certo tempo, e in seguito ab- " biano trasferito all'estero la loro residenza, e tutte le " altre circostanze, e in specie se la fissano o non presso il " marito e padre rispettivo; e secondo i risultati di tale " esame decidere *se la residenza continuata nel regno abbia* " *avuto o no la virtù di sottrarli alla perdita della cittadi-* " *nanza* „ (1).

Non ci sembra che la interpretazione proposta da noi portasse alla conseguenza di privare *per sempre* la moglie ed i figli minori della facoltà di stabilirsi all'estero, se vogliano conservar essi la cittadinanza perduta dal marito o dal padre. Parlammo, come parla il testo della legge, di *moglie* e di *figli minori*, i quali debbono pertanto continuare a risieder nel regno finchè duri il loro stato di matrimonio, di minorità. La donna rimasta vedova, i figli divenuti maggiorenni, non si trovano più nella condizione eccezionale

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Istit.*, l. c., p. 48.

stabilita dall'art. 11, ma nella condizione comune d'ogni altro cittadino, e possono quindi dimorare, risiedere, od anche prendere domicilio all'estero, senza perdere tale loro qualità.

Quanto poi all'interpretazione diversa, che abbiamo prima riferita, essa consiste nell'opporre alla *continuazione di residenza*, prescritta dall'articolo 11, un limite di *tempo abbastanza lungo*, non determinato e non determinabile in via di regola generale; nel far dipendere lo stato della moglie o dei figli minori di chi è divenuto straniero, *dal complesso delle circostanze di fatto*, secondo le quali debbasi decidere *se la residenza continuata nel regno abbia avuto, o no, la virtù di sottrarli alla perdita della cittadinanza;* e in sostanza nel subordinare ad apprezzamenti, da rimettersi per necessità al solo criterio dell'autorità giudicante, la conservazione o la perdita della qualità di cittadini. Sarebbe veramente un esempio nuovo in questa materia tanto delicata di stato personale, in cui tutto dev'essere definito esattamente e invariabilmente dalla legge, sopra dati positivi e precisi, e nulla può essere abbandonato all'arbitrio.

Non troviamo ragione di pentirci della nostra prima opinione.

86. — (*b*) Quanto al tempo, da cui debbano cominciare gli effetti della perdita di cittadinanza, esso non può essere altro che quello in cui si verifichi il concorso delle condizioni e formalità tutte, che la legge esige affinchè quella perdita s'incorra. Così, nel caso di rinuncia espressa, gli effetti non ne comincieranno dal dì della dichiarazione fatta nelle forme di legge davanti all'uffiziale dello stato civile, fuorchè quando sia stata preceduta dal trasferimento della residenza in paese estero; altrimenti prenderanno data soltanto dal giorno di questo trasferimento.

La rinuncia tacita produrrà il suo effetto, non dal giorno in cui sia stata chiesta la cittadinanza in paese estero, nè dal giorno in cui sia stata conferita per virtù di legge o di

atto governativo senza essere chiesta, ma da quello in cui si verifichi il concorso della domanda e della concessione, o del conferimento e dell'accettazione, oltre l'adempimento d'ogni altra condizione o formalità che possa essere necessaria al fine di rendere effettiva la naturalizzazione. Parimente per ragione d'impiego conferito da Governo estero non avrà effetto la privazione della cittadinanza prima del giorno in cui l'impiego sia stato conferito ed accettato; intendendosi che sia stata fatta l'accettazione in tali termini da rimanere effettivamente investita la persona dell'ufficio conferitole. Chè se, per esempio, un cittadino italiano avesse bensì fatto atto di accettazione dell'impiego decretatogli da un Governo estero, ma tale accettazione avesse subordinata all'ottenimento di quella permissione del proprio Governo, che secondo il disposto nel n° 3° dell'art. 11 gli farebbe evitare la perdita della cittadinanza, e frattanto non avesse assunto l'ufficio, od assunto sotto quella condizione, lo dimettesse tostochè la sua istanza al Governo italiano venisse respinta; costui non potrebbe essere considerato come decaduto mai dallo stato di cittadinanza, nè quindi abbisognerebbe di adempiere le prescrizioni dell' articolo 13 per ricuperare quello stato; perciocchè, mancata la condizione, a cui era stata subordinata l' accettazione dell'impiego, sarebbe questa da riguardarsi come non avvenuta, talchè, sia per la lettera, sia per lo spirito del citato articolo 11, n° 3°, non concorrerebbero gli estremi da cui esso fa dipendere questa causa di perdita della cittadinanza.

Supposto, invece, che l'impiego, conferito da un Governo estero ad un cittadino italiano, sia stato da questo accettato puramente e semplicemente; come pure, supposto il fatto che un cittadino italiano sia entrato, senza permesso del Governo, al servizio militare d'una potenza estera, la perdita della cittadinanza italiana n'è effetto immediato; indipendentemente dalla circostanza che sia stata, o no, contemporaneamente acquistata la cittadinanza dello Stato in

cui fu assunto l'impiego od il servizio militare (1). — La legge, infatti, ha dichiarato assolutamente incorrersi la privazione della qualità di cittadino da chi, senza permissione del Governo, accetti impiego da un Governo estero, od entri al servizio militare di potenza estera. Non potrebbesi senz'arbitrio introdurre in questa disposizione una distinzione limitativa, ch'essa non fa. Dove il legislatore ha voluto stabilire una distinzione simile, lo ha dichiarato espressamente (art. 14, § 1°, cod. civ.); e questa è una eccezione, che conferma la regola contraria. Grave sarà certamente la condizione di coloro che rimarranno privi della cittadinanza italiana senz'averne acquistata altra; ma sarà conseguenza d'un loro fatto volontario. Potrà dubitarsi da quali leggi dovranno essere regolati, a senso dell'art. 6 delle disposizioni generali premesse al codice civile, lo stato e la capacità di queste persone, che non avranno la cittadinanza di alcuno Stato. Potrà essere pure che per altri rapporti giuridici, e specialmente per l'applicazione dell'art. 8 delle stesse disposizioni preliminari, costoro debbano considerarsi come se fossero ancora cittadini italiani. Queste sono questioni che non è luogo a trattare qui, ed appartengono alla interpretazione degli articoli ora citati. È però fuori di dubbio che queste persone, le quali per fatto proprio hanno perduto lo stato di cittadinanza, non possono più godere di quei diritti che sono riservati esclusivamente ai cittadini italiani.

Gli effetti della perdita di cittadinanza non possono però mai risalire a tempo anteriore a quello nel quale siavi stato il concorso di tutte le condizioni e formalità, dal cui avveramento la legge fa dipendere quella perdita. Nell'art. 15 del nostro codice è dichiarata espressamente l'irretroattività degli effetti dell'*acquisto* o *riacquisto* della cittadinanza; e già abbiam notato come secondo gl'intendimenti coi quali fu inserita nel codice quella disposizione, si debba ritenerla comprensiva anche dei casi di *elezione della qualità di stra-*

(1) V. Decisione della Corte d'appello di Roma, 8 ottobre 1878. — *Giurispr. Ital.*, XXX, I, 2, 221.

niero, giusta gli articoli 5, § 2°, 8, § 2°, 10, § 4° (1); i quali casi sono poi veramente di *perdita della cittadinanza*, giacchè sino a quando la detta elezione della qualità di straniero non avvenga, coloro che negli articoli ora citati è detto *essere reputati cittadini*, sono veramente tali, non per semplice *presunzione*, ma di pien diritto, per virtù di legge; ond'è che, se eleggono invece la qualità di stranieri, perdono quella di cittadini, che costituiva fino a quel punto il loro stato personale. Ora, ciò che è espresso per l'acquisto e il riacquisto della cittadinanza, ciò che deve pure ritenersi per quel caso speciale di perdita di essa, che ha luogo quando chi era *reputato cittadino* elegge, secondo la facoltà lasciatagli dalla legge, la qualità di straniero, deve essere pure applicabile per la stessa, se non per maggiori ragioni, per qualunque altra causa legale da cui la perdita della cittadinanza derivi. Quel cangiamento di stato personale, che la legge fa dipendere da determinate cause, non può cominciare a produrre effetti, se non dal momento in cui quelle cause siansi verificate. Nello stato delle persone, più che in qualunque altro rapporto giuridico, sarebbe esiziale quella incertezza, che potrebbe derivare dalla mutabilità di esso con retroattività di effetti. E se poi non può retrotraersi l'effetto della *elezione*, quando la legge reputava bensì cittadino taluno, ma lasciandogli la facoltà di preferire la qualità di straniero, tanto meno può ammettersi ciò quando era assoluta l'attribuzione della qualità di cittadino, e solo la legge ne infligge la privazione per causa di certi fatti della persona, che godeva di tale qualità, e che non deve cominciare a subire le conseguenze di codesti fatti se non dal momento in cui li ha commessi.

87. — (*c*) Non ostante che chi è privato della qualità di cittadino dovesse per l'avvenire pareggiarsi completamente a chi non lo fu mai, la nostra legge però ha fatto

---

(1) V. sopra, n. 46, p. 139, ss.

una assai grave limitazione a questo principio, con quanto ha stabilito nell'articolo 12, che è del tenore seguente:

“ La perdita della cittadinanza, nei casi espressi nel-“ l'articolo precedente, non esime dagli obblighi del ser-“ vizio militare, nè dalle pene inflitte a chi porti le armi “ contro la patria „.

La Commissione del Senato rendeva ragione della duplice disposizione contenuta in questo articolo colle seguenti parole:

“ Se vuolsi lasciare ad ogni cittadino la facoltà di rinun-“ ciare alla cittadinanza, non si può ugualmente proscio-“ glierlo dall'obbligo del servizio militare, nè dal sacro do-“ vere di non portare mai le armi contro la terra che gli “ diede la vita.

“ Più non sarebbe possibile la formazione di un esercito “ nazionale là dove ai chiamati al servizio militare fosse “ aperta la via a sottrarvisi rinunciando alla cittadinanza.

“ Non sembrò poi alla grande maggioranza della Com-“ missione che sussistesse la contraddizione, che alcuno “ de' suoi membri credette di vedere, tra il permettere al “ cittadino la rinuncia alla patria, ed il mantenerlo sog-“ getto al divieto di portare contro di essa le armi; impe-“ rocchè quest'azione è tale un misfatto che si accosta al “ parricidio, e la libertà di rinunziare alla cittadinanza di “ origine non può, senza incomportabile eccesso, essere “ spinta tant'oltre da sciogliere il rinunciante da ogni vin-“ colo o dovere naturale verso la terra che gli fu madre „ (1).

Può però domandarsi se, per la generalità della disposizione di questo articolo 12, rimarranno soggetti all'obbligo del servizio militare anche coloro che siano rimasti privi della qualità di cittadini, non per fatto proprio, ma unicamente come figli minori di chi ha perduto la cittadinanza, a tenore del penultimo paragrafo dell'articolo 11?

Non vi ha dubbio, innanzi tutto, che qui la ragione della

(1) V. Relaz. Vigliani, pag. 14.

disposizione manca affatto; imperciocchè non si può sospettare il segreto intendimento di sottrarsi ad uno dei più gravosi doveri di cittadino, in chi perde questa qualità, non per volontà e fatto proprio, ma per disposizione di legge, e dipendentemente dal fatto del proprio padre; e sarebbe troppo evidentemente ingiusto che la legge cancellando essa stessa dal novero dei cittadini chi non vi ha dato personalmente nessuna causa, lo tenesse tuttavia obbligato al più gravoso dei carichi inerenti alla qualità di cui subisce, senz'alcuna sua colpa, la privazione.

Un altro argomento a conferma risulta inoltre dalla combinazione degli articoli 11, § u°, e 6, § u°. L'articolo 11 ammette al riacquisto della cittadinanza i figli di colui che l'ha perduta per una delle cause ivi contemplate, e ve li ammette *nei casi e modi espressi nei due capoversi dell'articolo* 6. Tra i detti casi avvi quello che il figlio di chi ha perduta la cittadinanza *abbia soddisfatto alla leva militare senza invocarne esenzione per la qualità di straniero*. Da questa combinazione di disposizioni risulta dunque manifestamente, che chi è divenuto straniero, perchè figlio minore di colui che perdeva la cittadinanza, può invocare quella qualità di straniero per esimersi dall'obbligo del servizio militare; e se non la invochi, è perciò senz'altro riputato avere riacquistato la cittadinanza, senza bisogno di adempiere le condizioni e formalità prescritte dal secondo paragrafo di detto articolo 6 (1).

Questi argomenti di testo e di ragione non si estendono però all'altro oggetto, della penalità che s'incorra per avere portato le armi contro la patria; sicchè quelle pene sarebbero applicabili anche a chi fosse divenuto straniero come figlio minore di colui che ha perduto la cittadinanza.

Circa la massima stabilita nell'articolo 12, che " la per- " dita della cittadinanza nei casi espressi nell'articolo pre- " cedente non esime.... *dalle pene inflitte a chi porti le armi*

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Istit.*, 2ª ediz., lib. I, n. 41, p. 46.

“ *contro la patria* „ un commentatore opinò “ che queste “ pene siano applicabili a chi volontariamente, e non in “ obbedienza agli ordini del Governo del paese di cui di- “ venne cittadino, porti le armi contro la patria; od allora “ che a tale esecrabile intento siasi fatto cittadino del paese “ estero, che abbia dichiarato o sia per dichiarare la guerra “ a noi „ (1). Ciò infatti non può ammetter dubbio; nè costituisce veramente una limitazione, che si venga ad apporre alla generalità del disposto nel precedente articolo 12, ciò che non potrebbe essere lecito, per quanto apparisse reclamato dalla giustizia. Ma l'articolo 12, collo stabilire che, non ostante la perdita della cittadinanza, chi l'ha incorsa rimane tuttavia soggetto alla pena minacciata dal codice penale, ad “ ogni regnicolo che avrà portato le armi “ contro lo Stato „ non ha certamente detto, nè avrebbe potuto dire, che chi ha perduta la cittadinanza incorra in quelle pene ancorchè non siano applicabili secondo i principii del diritto penale. Ed applicabili non sono, qualora il fatto d'aver portate le armi contro la patria d'origine non sia volontario; ma per obbligo derivante dal nuovo suo stato di cittadinanza l'ex cittadino sia stato costretto a vestire le insegne nelle file d'un esercito nemico.

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Istit.*, 2ª ediz., lib. I, n. 41, p. 46, nª 1.

TITOLO II.

DEL DOMICILIO CIVILE E DELLA RESIDENZA

NOZIONI GENERALI

SOMMARIO. — 88. Importanza del domicilio. Ragioni della trattazione di esso nel codice civile. — 89. Definizione del domicilio. — 90. Distinzione tra il domicilio, la residenza e la dimora. — 91. Disposizione del codice italiano intorno alla residenza. — 92. Distinzioni del domicilio *politico* e *civile; reale*, e *di diritto; generale* e *speciale*. — 93. Ragioni e sviluppo della massima che niuno può mancare di domicilio. Domicilio di origine. — 94. Ragioni e sviluppo della massima che niuno può avere più domicilii ad un tempo. — 95. Domicilio di cittadini all'estero, e di stranieri nel regno. — 96. Domicilio dei corpi morali. — 97. Domicilio di soccorso. — 98. Transizione e partizione della materia.

88. Importa grandemente all'efficacia ed alla stabilità delle relazioni civili che a ciascuna persona sia attribuita dalla legge una sede costante, indipendente dai frequenti temporanei cangiamenti di dimora, che in fatto possono verificarsi; acciocchè per tutti gli effetti dei diritti riguardanti ad una persona, e sull'esercizio dei quali il luogo dov'essa si trovi possa esercitare qualche influenza, per tutti i rapporti verso altri i quali abbiano a chiamare quella persona in giudizio, od a notificarle legalmente qualche atto, essa si reputi come presente sempre in un luogo, che in qualche modo la rappresenti a fronte de' terzi.

L'avere riguardo sempre soltanto al luogo in cui la persona abbia sede materiale e momentanea al tempo in cui si aprano per essa i diritti, o si verifichino le obbligazioni, od in cui quei diritti si esercitino, o di quelle obbligazioni

si chieda l'adempimento, indurrebbe, con grave danno, una incertezza ed una instabilità nei rapporti civili, corrispondente alla facile e frequente mutabilità della temporanea dimora.

Sotto altro aspetto poi, non è meno manifesto, che poco varrebbe l'aver diviso il paese in differenti circoscrizioni territoriali per l'ordinamento giudiziario ed amministrativo, se non vi corrispondessero altrettante aggregazioni di persone, le quali per ragione del volontario loro stabilimento in una determinata parte di territorio fossero soggette alla giurisdizione e competenza delle autorità giudiziarie ed amministrative ivi istituite, e fossero chiamate ad esercitare specialmente in quel luogo certi diritti od adempiervi certi doveri.

D'altra parte non è una mera finzione di legge, ma un fatto prodotto costantemente e naturalmente dalle più legittime e potenti influenze di famiglia, d' interessi, di affetti, di abitudini, che ogni uomo si stabilisca in modo permanente e durevole in un luogo; col quale contragga una specie di vincolo d'intimità morale, e non se ne allontani fuorchè per speciali cause impellenti, e serbi anche allora l' intenzione di ritornarvi appena quelle cause siano cessate.

La legge non fa dunque che seguire l'ordine naturale de' fatti, quando erige in sede giuridica permanente della persona il luogo, col quale essa ha quei rapporti e quei vincoli, che ne costituiscono la sua sede principale, il centro de' suoi affari ed interessi. Per tal modo il ministero della legge non aggiunge alla realtà dei fatti se non questo, che assecondando i fini d' interesse, sì generale, che particolare, accennati di sopra, ed attribuendo prevalenza alla intenzione sul fatto materiale, reputa sempre presente la persona in quel luogo, col quale essa è posta in costante e speciale rapporto legale, ancor quando ne sia temporariamente lontana. A questa sede giuridica si è dato il nome di *domicilio*.

Se dalle cose esposte genericamente fin qui, apparisce già quanta debba essere in diritto la importanza del domicilio, essa risulterà più manifesta da qualcuno degli esempi che la legislazione positiva ci offre.

In un paese che non godesse del beneficio d' una legislazione uniforme, la influenza del domicilio potrebbe spingersi fino a modificare lo stato civile della persona; perciocchè l' appartenere questa ad una piuttosto che ad un'altra parte di territorio, in cui vigessero differenti regole legislative, potrebbe assoggettarla all'applicazione di principii diversi sulle più gravi materie di stato personale, come sarebbbe il tempo a cui è fissata la maggiore età, le condizioni necessarie a poter contrarre matrimonio, gli effetti che ne derivano pei rapporti tra conjugi e tra genitori e figli, ecc.

Ma benchè questo non possa verificarsi per noi, la determinazione del domicilio delle persone non manca ancora d'una importanza ben grande di applicazione a quanto concerne l'esercizio di certi diritti o l'adempimento di certi doveri civili. Così, è il domicilio o la residenza del convenuto, che determina la competenza dell'autorità giudiziaria davanti alla quale deve proporsi un'*azione personale* o *reale su beni mobili* (art. 90 cod. proc. civ.). Le citazioni od altri atti, che dovrebbero per regola comune di legge essere notificati personalmente alla parte, quando non si possa consegnar copia di essi alla persona medesima, si notificano nella casa in cui questa persona ha residenza, o se la residenza non sia conosciuta, al domicilio (art. 39 e 139 cod. proc. civ.). È la scomparsa della persona dal luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza, che determina la presunzione d'assenza, e tutti i provvedimenti conseguenti. L'uffiziale di stato civile, innanzi a cui deve essere celebrato il matrimonio, è quello del comune ove uno degli sposi abbia il domicilio o la residenza (art. 93 cod. civ.). Il domicilio dell'adottante è quello che determina la competenza della Corte d'appello, dalla quale dev'essere

pronunziato se si faccia o non si faccia luogo all'adozione (art. 213 e seg. cod. civ.). Il domicilio, che il minore non emancipato ha comune col padre o colla madre, fissa il luogo in cui si apre la tutela del minore stesso, se amendue i genitori siano morti, o dichiarati assenti, o decaduti per effetto di condanna penale dalla patria podestà (art. 18 241, 249 cod. civ. comb.). È ancora per ragione del domicilio, che viene determinato l'uffizio in cui debbono essere registrati certi atti dello stato civile (art. 363, 379, 381, 400 cod. civ.). La successione si apre nel luogo dell'ultimo domicilio del defunto, ed è in questo luogo che si può fare presso la cancelleria della Pretura la dichiarazione di rinunzia all'eredità, o di accettazione con beneficio d' inventario, ed è il pretore del mandamento in cui ebbe l' ultimo suo domicilio il defunto, che in caso di eredità giacente deve nominarle il curatore (art. 923, 944;955, 981 cod. civ.). Il domicilio del debitore determina il luogo in cui deve farsi il pagamento, quando intorno a ciò nulla siasi stabilito colla convenzione, nè la cosa dovuta sia certa e determinata (articolo 1249 codice civile). Chi è obbligato a dare sicurtà deve presentare persona che, oltre ad essere capace a contrattare e solvibile, abbia anche domicilio nella giurisdizione della Corte d'appello in cui la sicurtà dev'essere prestata (articolo 1904 codice civile). Le note da presentarsi all' *uffizio di conservazione* per la iscrizione delle ipoteche, fra le altre indicazioni relative alle persone del creditore e del debitore, debbono contenere quella del domicilio o della residenza loro, non che della elezione d'un domicilio, per parte del creditore, nella giurisdizione del tribunale da cui dipende l'uffizio delle ipoteche (art. 1987, n. 1° e 2°, cod. civ.); salva la facoltà del creditore, del suo mandatario, del suo erede od avente causa, di variare il domicilio eletto nell' iscrizione, sostituendovene un altro nella stessa giurisdizione (art. 1995 cod. civ.). L'elezione obbligatoria d'un domicilio per parte del creditore ha per effetto di autorizzare coloro, che

abbiano da promuovere contro di lui qualche azione, a fargli intimare, a loro scelta, la citazione in persona propria, o all'ultimo domicilio eletto; e qualora tale obbligazione non sia adempita, le citazioni possono farsi *all'uffizio delle ipoteche presso cui l'iscrizione fu presa*. Le stesse norme sono applicabili *per ogni altra notificazione relativa alle dette iscrizioni* (art. 1999, §§ 1, 2, 3, cod. civ.).

Questa enumerazione, che potrebbesi estendere anche più, basta a dimostrare quanto importanti e numerosi siano i rapporti, appartenenti al diritto civile teorico, sui quali influisce la determinazione del domicilio. E resta perciò giustificato che, a differenza di qualche altro codice, e contrariamente all'opinione di alcuni, siasi determinato di trattare questa materia in un titolo del codice civile; sebbene veramente la maggior parte delle questioni ch'essa può sollevare riguardino principalmente alla competenza, e ad altri subbietti di procedura.

“ Alcuni hanno creduto — così osservava il Ministro Pisanelli nella relazione con cui accompagnava la presentazione al Senato del progetto del codice — che il titolo del “ domicilio troverebbe sede più opportuna nel codice di “ procedura civile. Ma giova osservare che se il domicilio “ serve a determinare la competenza e la giurisdizione, “ importa anche per molti altri fatti, che si attengano “ strettamente alle leggi civili. Così, il domicilio è punto “ principale nella materia dell' assenza; esso determina “ quale sia l'uffiziale civile competente per la celebrazione “ del matrimonio, quale sia il luogo in cui si devono fare “ le pubblicazioni; il domicilio dei genitori fissa il luogo nel “ quale si apre la tutela dei figli minori, l'uffizio in cui si “ debbono registrare certi atti dello stato civile, e il luogo “ ove si apre la successione; esso finalmente ha in vari “ punti una stretta connessione colla materia delle obbli- “ gazioni, e con quella delle ipoteche. Si è perciò ravvisato “ conveniente di premettere nel codice civile le regole gene- “ rali sul domicilio „.

89. Dopo le cose esposte nel numero precedente, sembra potersi definire il domicilio dicendo ch'esso è *la sede giuridica riconosciuta ad una persona, dipendentemente dal rapporto esistente tra la persona stessa e il luogo in cui essa tiene la sede principale dei proprii affari ed interessi.*

Spesse volte si suol designare sotto il nome di domicilio il luogo stesso, la casa, la costruzione materiale ove il domicilio si ha (1). Non è questo però il senso vero e tecnico della parola; chè il domicilio deve in qualche modo rappresentare, come dicemmo, la persona stessa a fronte de' terzi, ed è in questo senso che si dice notificarsi al *domicilio* un atto che non si possa notificare alla persona, come la legge richiederebbe (art. 139 cod. proc. civ.). E nel codice nostro ben si è mostrato d'intender la cosa a questo modo, quando nell'articolo 16 si è detto che " il domicilio civile di una persona è *nel* „ *luogo* in cui essa ha la sede principale dei proprii affari „ ed interessi „ non già che sia *il luogo* dove si ha la sede principale.

Altri hanno fatto consistere il domicilio nella " relazione morale dell' uomo col luogo della residenza ove „ egli ha fissato la sede amministrativa della sua fortuna, „ lo stabilimento dei proprii affari „ (2) ovvero nella *relazione stabilita dalla legge tra la persona ed il luogo* (3). Ma neppur questo è veramente esatto; poichè se il rapporto esistente in fatto tra l'uomo ed il luogo che egli sceglie a sede principale de' proprii affari ed interessi, forma la base del domicilio, non si può però dire che in questo rapporto appunto consista il domicilio, mentre ciò riuscirebbe a confondere un fatto giuridico colle conseguenze che la legge ne deduce, con una creazione che ad opera della legge si fa sul fondamento di quel fatto.

---

(1) V. Zachariæ, § CXLI.
(2) V. Proudhon, *Tr. sur l'état des personnes*, chap. XIX, sect. I.
(3) V. Demante, *Programme*, t. I, n. 107.

Il domicilio, in somma, non è che la sede giuridica della persona, non è che una creazione della legge, una finzione di diritto (1). Ed a chi obbiettasse non potersi considerare come finzione giuridica ciò che la legge desume da un fatto reale, qual è lo stabilimento principale degli affari ed interessi della persona in un determinato luogo, sarebbe assai facile il rispondere, che non altrimenti che per una finzione di legge può reputarsi che la persona, sotto il rapporto de' suoi diritti e delle sue obbligazioni, sia sempre presente nel luogo dove tiene la sede principale dei proprii affari ed interessi, quantunque di fatto non vi risieda in un dato tempo; nè questa può cessare di essere una finzione perchè si fondi sul fatto reale dello stabilimento della sede principale in quel luogo.

90. Il *domicilio*, com' è stato definito nel numero precedente, si distingue dalla *residenza* e dalla *dimora*.

La *dimora* consiste nel *solo fatto dell'abitazione*, anche temporanea, in un luogo.

L'*abitualità della dimora* costituisce la *residenza* (art. 16, § 2°, cod. civ.).

Per tal modo può avvenire che una persona abbia, non solo la dimora, ma la residenza in un luogo, ed il domicilio in un altro.

Questa distinzione si riconosce tanto più importante, se si considera l'origine, la natura intrinseca e gli effetti del domicilio, della residenza e della dimora.

Il domicilio infatti è qualche volta, come vedremo più innanzi, *di puro diritto;* come avviene della donna maritata, del minore e dell' interdetto, che hanno per legge il domicilio del marito, del padre o della madre o del tutore, senza riguardo all'aver essi realmente o no nel luogo di quel domicilio la sede principale dei loro affari

(1) V. Marcadé, art. 102, n. 309; Demolombe, t. I, n. 338.

ed interessi (art. 18 cod. civ.). Più spesso però il domicilio è di fatto e di diritto ad un tempo; di fatto, in quanto la legge non fissa la sede giuridica della persona se non dove essa abbia realmente stabilita la sede principale dei proprii affari ed interessi; di diritto, in quanto per finzione di legge, e in ciò che concerne l'esercizio dei diritti d'una persona e l'adempimento de' suoi doveri, si reputa costante la presenza della persona stessa nel luogo ove essa ha stabilito la sede principale dei proprii affari ed interessi, quantunque di fatto possa in un dato tempo trovarsi altrove.

All'opposto la residenza e la dimora sono amendue *di puro fatto*, ma tuttavia possono avere conseguenze ed applicazioni di diritto; colla differenza però che mentre le conseguenze e le applicazioni giuridiche della residenza sono gravi e frequenti, quelle della dimora invece non sono che rare ed eccezionali.

Così, per esempio, la residenza, al pari del domicilio del convenuto, può determinare la competenza dell'autorità giudiziaria relativamente alle *azioni personali e reali mobiliari* (art. 90 cod. proc. civ.); la residenza, come il domicilio, serve a determinare il luogo ove si può celebrare il matrimonio (art. 93 cod. civ.); la residenza, a preferenza del domicilio stesso, determina dove abbiasi a notificare la citazione od altro atto, che non si possa notificare personalmente alla parte (art. 139 comb. col 39 del cod. proc. civ.), e dove debbansi eseguire le pubblicazioni di un matrimonio da celebrarsi (articolo 71 codice civile).

Nel luogo della dimora deve notificarsi la citazione od altro atto, che non si possa notificare alla persona, quando di essa non si conosca la residenza nè il domicilio (d.° art. 139 cod. civ.).

Dal punto di distinzione sopra notato tra il domicilio e la residenza — che, cioè, il primo è ordinariamente di fatto e di diritto insieme, e talvolta anche di *puro diritto*,

mentre l'altra è sempre *di puro fatto*, derivano conseguenze rilevanti.

Allorchè il domicilio è *di puro diritto* (art. 18 cod. civ.), essendo esso obbligatorio in virtù d'una disposizione legislativa d'ordine pubblico, alla quale perciò non è lecito derogare, non potrebbe dunque avere alcuna efficacia per gli effetti giuridici il fatto contrario, d'essere realmente in luogo diverso, da quello stabilito dalla legge per domicilio della persona, la sede principale degli affari ed interessi di lei.

All'opposto la residenza essendo di puro fatto, è alla realtà di questo unicamente che devesi avere riguardo. E perciò, anche nei casi di eccezione in cui la legge renda obbligatoria per una persona la residenza in un determinato luogo, se codesta persona dimori di fatto abitualmente in un luogo diverso, sarà questo e non quello che dovrà riguardarsi per tutti gli effetti di diritto come luogo di residenza.

Così l'esser tenuta la moglie, per disposizione dell'art. 131 del codice civile, a seguire la residenza del marito, non toglie ch'essa possa avere realmente una residenza differente, e che di ciò debbasi tener conto per tutti gli effetti che dalla legge vengono alla residenza attribuiti. E nel codice stesso troviamo applicazioni speciali di questo principio, laddove attribuisce l'acquisto della cittadinanza alla moglie dello straniero naturalizzato, " *semprechè abbia anch'essa fissata la residenza nel regno* „ (art. 10, § ultimo, cod. civ.) e dichiara divenire straniera la moglie di colui che ha perduta la cittadinanza " *salvo* " *che abbia continuato a tenere la residenza nel regno* „ (art. 11, § penultimo, cod. civ.).

Vi sono pure uffici pubblici, pei quali chi ne è investito è obbligato dalla legge a risiedere in un determinato luogo. Ed in tali casi ancora, se la dimora abituale dei predetti funzionari fosse di fatto in altro luogo, non potrebbero esser negati gli effetti giuridici di questa residenza reale;

quantunque in riguardo ai terzi fossero da considerarsi validi gli atti compiuti nella residenza legale, per esempio le notificazioni ivi eseguite di citazioni o di altri atti, non potendo esser lecito l' impugnarli fondandosi sopra una colpa propria, sulla trasgressione della legge.

91. I codici anteriori all'attuale nostro contenevano disposizioni che definivano il domicilio, ma non parlavano della residenza.

Nel progetto presentato nel 1860 dal Ministro Cassinis era definito il domicilio colle stesse parole che vennero riprodotte nel § 1° dell'art. 16 del codice attuale, ed era poi soggiunto:

" Il *domicilio* si distingue dalla *dimora*, ossia dal *sog-*
" *giorno puramente temporario ed accidentale* in un dato luogo,
" e può anche distinguersi dalla *residenza abituale*, ogni
" qualvolta alla medesima non si congiunga la sede
" principale degli affari ed interessi della persona „.

Nè il progetto *Pisanelli*, nè quello concordato poi colla Commissione del Senato, facevano cenno della residenza nè della dimora. Ma la Commissione coordinatrice " riconobbe
" conveniente che si definisse la residenza, perchè tanto
" nel codice civile, quanto in quello di procedura civile
" ed in altre leggi la residenza è considerata come un
" fatto da cui derivano diversi diritti, e viene regolata
" in molti casi la competenza giuridica „ (1).

Così venne aggiunta alla definizione del domicilio quella disposizione in cui è detto che " la residenza è nel luogo " in cui la persona ha la dimora abituale „. Nella qual formola può dirsi implicitamente compresa anche la definizione della dimora; apparendone chiaramente che il legislatore ha inteso esser questa *nel luogo di stanza non abituale della persona*, nel luogo di *soggiorno puramente temporario od accidentale*, com'era detto nel progetto *Cassinis*.

---

(1) V. *Proc. verb.*, n. 5, § II, p. 54.

D'ordinario nel luogo in cui una persona ha la sede principale de' propri affari ed interessi, vi abita pure per la maggior parte del tempo, e non se ne allontana che per brevi periodi e per motivi transitorii.

Quindi è, che quantunque in diritto si distingua sempre secondo la nostra legge il domicilio dalla residenza, di fatto però si confondono nel maggior numero dei casi, inquantochè domicilio e residenza si trovano più spesso stabiliti in identico luogo. Non è escluso per altro, ed anzi può non di rado avvenire, che per circostanzes peciali taluni tengano stanza abituale in altro luogo da quello in cui si trovi il centro principale dei loro affari ed interessi; ed è allora appunto che si fa luogo praticamente ad applicare la distinzione preaccennata.

Tuttavia, per potersi ritenere esistente la residenza d'una persona in luogo diverso da quello del domicilio di lei, è sempre condizione indispensabile che la stanza della persona in quel luogo non sia stata transitoria, ma *abituale*, com'è dichiarato espressamente nell'art. 16, § 2°. Nè la durata della dimora è il solo elemento che possa assumersi per stabilire l'*abitudine* di essa, e dedurre da ciò la residenza; potendo verificarsi che circostanze particolari facciano protrarre per tempo più o meno lungo un'abitazione presa momentaneamente in un dato luogo, o dimostrino invece che fu assunta come dimora costante quella che nondimeno dati da tempo non remoto. Si tratta quindi di apprezzamento di fatti, intorno a cui il pronunciato dei giudici del merito sarebbe insindacabile (1). Non sapremmo per altro approvare la massima ritenuta in una sentenza di Corte d'appello, che a stabilire la residenza sia necessario il concorso della *intenzione di rimanere costantemente in un dato luogo* (2). L'animo di sta-

(1) V. Decisione della Corte di cassazione di Torino, 7 gennaio 1871. — *Giurispr. Ital.*, vol. XXIII, I, 7.

(2) V. Sentenza della Corte d'appello di Venezia, 17 gennaio 1879. — *Temi Veneta*, V, 575.

bilirsi in un dato luogo è richiesto pel *trasferimento del domicilio* (art. 17 cod. civ.), non per la residenza, che è *di puro fatto*, come risulta confermato dallo stesso articolo ora citato. D'altronde anche pel domicilio medesimo si esige bensì il concorso della intenzione col fatto, ma non l'animo di rimanere per sempre dove si trasferisca il domicilio.

92. Il domicilio può essere considerato sotto diversi aspetti, secondo la differente natura dei diritti al cui esercizio riguarda, secondo la causa che ne determina lo stabilimento, in fine secondo la generalità o la specialità delle applicazioni a cui è destinato.

Da ciò derivano altrettante distinzioni praticamente interessanti del domicilio.

Esso dicesi pertanto *politico*, o *civile*, secondo che si riferisca all'esercizio dei diritti politici, od a quello dei diritti civili. E sebbene il domicilio civile serva generalmente di base al politico, presumendosi che questo sia nello stesso luogo di quello, non è però che non si possa trasferire il domicilio politico in luogo diverso da quello in cui si abbia il domicilio civile, quando concorrano le condizioni determinate a tale scopo dalla legge elettorale (art. 13 della legge 24 settembre 1882, n. 999, serie 3ª).

Si distingue inoltre il domicilio *reale* dal domicilio *di diritto*. Il primo è quello che fu definito sopra, e che, quantunque sia una creazione della legge, si fonda però sulla realtà del fatto, sulla circostanza cioè che la persona abbia stabilita in un determinato luogo la sede principale de' proprii affari e interessi. Il secondo invece è fissato unicamente ed in modo assoluto dalla disposizione della legge, la quale si fonda bensì sovra certi fatti, ora dipendenti ora no dalla volontà della persona, ma questi fatti verificandosi, determina essa stessa il domicilio della persona in un luogo, senza riguardo alla volontà della persona medesima, senza quindi permettere nessuna efficacia ad una volontà contraria; sicchè sarebbe assolutamente

inammissibile la prova che si domandasse di fare, che la persona non avesse in quel luogo la sede principale dei proprii affari ed interessi. Ciò accade nei casi annoverati dall'art. 18 del codice civile, secondo cui la donna acquista, pel fatto del matrimonio ch'essa contrae, il domicilio stesso del marito; il minore non emancipato ha per questa sua medesima condizione il domicilio del padre o della madre alla cui podestà è soggetto, o quello del tutore se è in istato di tutela; il maggiore interdetto ha pure il domicilio del tutore (1).

Al *domicilio reale* comunemente si suole contrapporre *l'elettivo*, dicendo che il domicilio si distingue in *reale o generale*, e *speciale o di elezione*. Sembra però più esatto e più conforme a verità il contrapporre al *domicilio reale* quello *di diritto*, distinguendo poi a parte il *domicilio generale* dallo *speciale* od *elettivo*.

D'ordinario il domicilio civile si applica alla generalità dei diritti e doveri civili; perchè, come abbiam visto, per l'esercizio di tutti quei diritti, e per l'eseguimento di tutte quelle obbligazioni, la persona si reputa sempre presente nel luogo del principale suo stabilimento. Sotto questo aspetto si può dire con tutta l'esattezza che il domicilio è *generale*, ma ciò è vero pel domicilio *di diritto*, come lo è pel domicilio *reale*; è vero tanto pel domicilio che una persona si è volontariamente costituito trasferendo in un determinato luogo la propria residenza colla intenzione di fissarvi la sede principale de' suoi affari ed interessi (art. 17 cod. civ.), quanto pel minore posto sotto tutela, che assume per legge il domicilio del tutore, non ostante che in tutt'altro luogo risieda e vi abbia il centro de' suoi affari ed interessi. Non è dunque una idea perfettamente esatta quella di considerare come una cosa stessa la realità e la generalità del domicilio, quasichè il domicilio *generale* dovesse necessariamente sempre essere *reale*.

---

(1) V. sopra, n. 90, p. 268.

Altre volte però il domicilio civile non concerne che certe relazioni giuridiche specialmente determinate; ed è quando le parti, approfittando della facoltà che la legge ha loro concessa per speciali ragioni, che più innanzi dimostreremo, abbiano eletto per certi affari od atti un domicilio diverso dal loro domicilio generale (art. 19 cod. civ.). Allora pertanto il domicilio è *speciale;* ma, com'è chiaro, ciò non potendo verificarsi che in virtù di elezione fatta dalla persona, rimane escluso che possa esservi un domicilio speciale *di diritto*, sebbene la legge obblighi in alcuni casi ad eleggersi domicilio in un determinato territorio per certi affari od atti, e d'altra parte le espressioni di *domicilio speciale* e di *domicilio elettivo* possono veramente considerarsi come sinonime.

93. La dottrina ha stabilito il principio che niuno può mai mancare assolutamente di un domicilio (1). E veramente questa massima si giustifica per le considerazioni stesse che abbiam visto rendere necessario che ad ogni persona sia attribuita una sede costante per tutti gli effetti giuridici relativi all'esercizio de' suoi diritti e all'adempimento de' suoi doveri civili (2); giacchè non vi ha persona che non abbia diritti da esercitare, e contro la quale altri non possa avere ad esercitare diritti proprii. Ed a far sì che di fatto non manchi ad alcuna persona il domicilio, la legge ha provveduto attribuendo ad ognuno fin dal momento stesso della sua nascita un domicilio, che perciò appunto si dice *di origine*, e che, trattandosi di persona incapace di avere una volontà propria, una intenzione di stabilire la sede principale de' proprii affari in un dato luogo, viene quindi determinato dal domicilio di coloro da cui questo incapace dipende, e che sono incaricati di rappresentarlo. È così che il minore non emancipato ha fin dall'istante

---

(1) V. Toullier, t. I, n. 371; Duranton, t. I, n. 360; Demolombe, t. I, n. 348; Marcadé, art. 103, § III, t. I, n. 316; Laurent, *Principes de droit civil*, t. II, n. 66.

(2) V. sopra, n. 88.

della sua nascita il domicilio del padre o della madre o del tutore (art. 18, § 2, cod. civ.). Questo domicilio d'origine non si perde poi fuorchè acquistandone contemporaneamente un nuovo, col trasferire la propria sede principale in altro luogo. Così è reso generalmente impossibile per ogni persona e in qualunque tempo il difetto assoluto di domicilio.

A conferma di ciò basti osservare ancora, che le disposizioni testuali del codice parlano del *domicilio di origine* (d° art. 18, § 2°) e del *cangiamento di domicilio* (art. 17); ma non parlano mai nè di *acquisto* d'un domicilio senza perdita corrispondente e contemporanea di un domicilio anteriore, nè di perdita del domicilio originario od acquisito senza che se ne acquisti nel medesimo istante e per l'identica causa un altro.

Ma se tutti questi ragionamenti sono perfettamente fondati in teoria, non escludono però, secondo l'opinione di qualche autore, la possibilità di alcune, sebben rare, eccezioni, in cui si verifichi che una persona abbia perduto il domicilio anteriore senza averne acquistato un nuovo, od anche non abbia mai avuto domicilio alcuno. Così avverrà — dicono — se l'abitazione in cui taluno avea fissata la sua sede principale sia rimasta distrutta per incendio, per inondazione, per terremoto od altro accidente, e la persona non abbia ancora scelto un altro luogo in cui stabilirsi; se la persona non siasi costituita essa stessa una sede principale de' proprii affari, e siasi d'altronde perduta ogni traccia del suo domicilio d'origine; se, pur conoscendosi il domicilio d'origine, sia accertato però che la persona l'abbia assolutamente abbandonato, nè più vi conservi relazioni d'alcuna specie, senzachè tuttavia siasi stabilito un domicilio nuovo. E per ciascuna di tali ipotesi quegli scrittori fanno poi diverse distinzioni per determinare come si possa supplire alla mancanza in fatto d'un domicilio della persona (1). Questi insegnamenti — che noi pure seguimmo

(1) V. Demante, *Cours analitique de cod. civ.*, t. I, n. 128 bis, IV; Marcadé art. 103, § IV, t. I, n. 317; Demolombe, t. I, n. 348

in parte nella prima edizione di questo lavoro — furono contraddetti con molta efficacia da un illustre giureconsulto, di cui piangiamo la recente perdita (1); nè esitiamo a ritrattare l'opinione erronea che avevamo adottata.

Si parla di casi di eccezione, nei quali taluno non abbia di fatto un domicilio, sebbene la legge ne attribuisca uno a ciascuna persona. Ma com'è ammissibile che un tal fatto — se pure in qualche caso si avveri — produca effetti in diritto, mentre il domicilio è un istituto essenzialmente giuridico, creato per la necessità che ognuno abbia, pei suoi rapporti coi terzi, una sede costante, in cui si reputi sempre presente quand'anche di fatto nol sia, e mentre quindi il fondamento di questa istituzione è riposto necessariamente in una finzione giuridica, per la quale si prescinde dalla realtà del fatto? Certamente, il fatto è pure uno degli elementi costitutivi dello stabilimento di domicilio, qualora si tratti del cangiamento di esso operato volontariamente da persona capace. Ma finchè ciò non avvenga, quel domicilio, che la legge stessa assegna a ciascuna persona fin dal momento in cui comincia ad esistere, sussiste in diritto per sola finzione della legge, indipendentemente dal fatto; e il minore non emancipato ha il domicilio del padre, o della madre, o del tutore (art. 18, § 2°, cod. civ.) quand'anche di fatto non risieda e non abbia il centro principale dei propri affari ed interessi nel medesimo luogo di loro. Or questo domicilio, che è puramente di diritto, si conserva per necessità delle cose, per quei motivi stessi che l'hanno fatto stabilire dalla legge, fintantochè la persona giunta a stato di capacità, non siasi costituito un domicilio diverso; come questo rimarrà necessariamente fermo in diritto finchè non ne sia legalmente assunto uno nuovo. Come può dunque parlarsi in diritto di effetti che siano per derivare dalla mancanza in fatto del domicilio in casi eccezionali? Si fa l'ipotesi della distruzione, che sia avvenuta, della casa

---

(1) V. Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. II, n. 71, 75.

in cui il domicilio si aveva. Ciò potrà produrre l'impossibilità di fatto d'uno degli effetti del domicilio, in quanto riguarda la consegna degli atti, che non si possono notificare alla persona. La notificazione dovrebbe farsi in tal caso — secondo le disposizioni combinate degli articoli 39 e 139 del codice di procedura civile — " *nella casa* in cui la per-" sona ha residenza, e se la residenza non sia conosciuta, " *al domicilio* „. Ma supposto il perimento della casa, divenendo di fatto impossibile il valersi di questi mezzi, sarà necessità ricorrere agli altri indicati sussidiariamente dalla legge; fare cioè la notificazione *nella dimora* della persona (art. 139, § 3°, cod. p. civ.), e quando neppur la dimora sia conosciuta, eseguire ciò che è disposto nel successivo articolo 141. Nondimeno, il non poter più avere applicazione, finchè duri quello stato di cose, uno degli effetti giuridici del domicilio, non autorizza a dire che questo abbia cessato assolutamente di esistere, e perciò non siano più applicabili nemmeno quegli altri effetti di esso che sono indipendenti dalla materialità della casa nella quale il domicilio sia stabilito. Si tratta, per esempio, di determinare la competenza dell'autorità giudiziaria per azioni personali o reali mobiliari (art. 90, cod. proc. civ.) o in materia di giurisdizione volontaria, o di determinare la competenza dell'ufficiale pubblico per gli atti dello stato civile, o di determinare il luogo in cui si apre la tutela o la successione; cose tutte che dipendono dall'essere stabilito il domicilio entro una data circoscrizione territoriale, non dalla esistenza di quell'edificio in cui si trovava costituito. E perchè dunque dovrebbe il perimento della casa far cessare anche quegli effetti del domicilio? Diceva il *Marcadé*, che quando la casa dove una persona aveva il suo domicilio è distrutta " vi è " perdita pura del domicilio, *perchè la forza maggiore, che* " *l'ha fatto scomparire, non ne crea un altro* „. Ma, rispose giustamente il *Laurent* " confondersi così il *domicilio, che* " *è di diritto, colla residenza che è di fatto.* Non si può per-" dere il domicilio che per propria volontà. *Quegli la cui*

“ *abitazione è distrutta, conserva l'intenzione di mantenervi il* “ *suo principale stabilimento; egli conserva dunque il suo do-* “ *micilio* „.

Un'altra ipotesi, che si fa, è quella dell'assoluto abbandono del primitivo domicilio, della completa rottura d'ogni relazione con quei luoghi in cui era stabilito, senz'averne tuttavia preso uno nuovo in luogo diverso. E si pensa che ciò debba modificare gli effetti giuridici del domicilio stesso. Ma per poterlo ammettere, bisognerebbe che dipendesse dalla volontà della persona l'avere o no un domicilio, poichè infine il caso che s'immagina sarebbe appunto di mancanza di domicilio, supponendosi totalmente abbandonato il primo, senza averne assunto un altro. Ora, è questo precisamente che non si può accettare. È una disposizione d'ordine pubblico, non derogabile, quella in virtù di cui ogni persona deve avere un domicilio. La persona, giunta che sia a stato di capacità, può cangiare il domicilio che la legge stessa le aveva assegnato sin dalla nascita, purchè adempia quanto è prescritto dall'art. 17 del cod. civ. Ma, finchè ciò non avvenga, il domicilio anteriore rimane immutato per legge, e deve quindi anche produrre tutti gli effetti dalla legge stessa attribuitigli, senzachè la volontà ed il fatto della persona possa in nulla limitarli o modificarli.

Si suppone da ultimo, che taluno manchi di domicilio d'origine, essendo nato da genitori che non avevano una sede permanente, ed egli pure, conducendo la stessa vita errante, non abbia mai acquistato un domicilio proprio. Ma non ostante il supposto vagabondaggio, il genitore avrà pure avuto un domicilio d'origine, che avrà quindi trasmesso al figlio; e data l'ipotesi che nè l'uno nè l'altro si siano costituito un domicilio diverso, avranno conservato sempre quello che la legge loro assegnò al cominciare della loro esistenza. Neppure in questo caso si può dunque parlare giuridicamente di mancanza di domicilio. Esso deve esistere, ed esiste sempre in diritto, e deve quindi produrre tutti gli effetti che la legge ne fa derivare, dato pure che il

fatto non corrisponda a questa *finzione*, che la legge per motivi d'ordine pubblico ha dovuto creare.

Tutto ciò che può veramente accadere, è che talora non si abbiano di fatto i mezzi per accertare in quale luogo debbasi ritenere esistente questo domicilio, del quale in diritto la persona non può esser priva. E in tali casi, nei quali pertanto non mancherà il domicilio, ma *la prova* di esso, non essendo dimostrata la *sede giuridica*, che è il domicilio, non resterà che riferirsi al puro fatto, della residenza cioè o della dimora, preferendo però sempre la dimora abituale, cioè la residenza. La dottrina insegna infatti questa massima (1); la quale, sebbene non sia stata espressamente formulata in una disposizione generale del nostro codice — forse per timore che potesse esserne abusato, sostituendo troppo facilmente la residenza al domicilio nella determinazione d'importanti rapporti civili — pure non vi ha ragione per riguardare tale massima come discordante dallo spirito della nostra legislazione, la quale anzi ne ha fatte applicazioni espresse per alcuni casi speciali, come nei già citati articoli 90 e 139 del codice di procedura civile.

Pel resto, come abbiamo dimostrato, non si potrebbe ammettere, nè che una persona si privasse volontariamente ed assolutamente di qualunque domicilio, coll'abdicazione pura e semplice di quello d'origine, o di quello che avesse poscia acquistato cangiando il primo; nè che si considerasse come mancante di domicilio, perchè non avendone fatto cangiamento, avesse di fatto abbandonato assolutamente e completamente quello che aveva prima, cessando del tutto e per lunghissimo tempo di risedervi, rompendo tutte le relazioni d'interesse od altre che vi aveva, ecc. Si manterrebbe, ciò non ostante, in diritto il domicilio d'origine, o quello che si era acquistato dappoi, fino a che mediante cangiamento regolare e constatato non se ne fosse preso un nuovo.

---

(1) V. Zachariæ, t. I, § 141; Aubry e Rau, t. I, § 141, n^a 7; Demolombe, t. I, n. 348; Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. II, n. 76.

Ciò che fu detto qui incidentemente del domicilio che si ha fin dalla nascita, dà luogo ad un'altra distinzione tra il *domicilio d'origine* e il *domicilio acquisito* posteriormente col cangiamento del primo.

Per *domicilio d'origine* intendiamo, conformemente al significato proprio della parola, quello che ciascuno ha primitivamente, nel momento in cui comincia ad esistere, ad esser capace di diritti e di obbligazioni. Altri chiama questo *domicilio di nascita*, distinguendolo da quello *di origine*, sotto la quale denominazione dovrebbesi invece intendere il domicilio che la persona si trovasse avere al momento in cui diviene capace di disporre di se stessa, di trasferire in quale luogo voglia la propria residenza fissandovi la sede principale de' suoi affari ed interessi, quand'anche il domicilio della persona a quel tempo non fosse più lo stesso che aveva al momento della nascita (1).

" Il domicilio che si acquista nascendo — dice il *Laurent* " — si chiama *domicilio d'origine;* gli antichi autori lo qualificavano *domicilio naturale*, perchè è la natura stessa che " lo dà al neonato. Però non bisogna confonderlo col *domicilio di nascita*. Senza dubbio, il figlio nascendo ha il " domicilio del proprio padre, ma questo domicilio di nascita non è sempre il domicilio di origine, poichè il padre " potendo cambiare domicilio, il figlio pure lo cangierà con " lui. Qual è dunque il suo domicilio d'origine? È quello " che il padre aveva al momento in cui il figlio divien libero di disporre della propria persona „.

La questione sta veramente più nella forma di esprimersi che nella sostanza. Nondimeno non può dirsi priva d'importanza, perchè nella scienza legale alla esattezza del linguaggio corrisponde troppo spesso la precisione delle idee. Ora a noi sembra, che assumendo come concetto fondamentale e distintivo del domicilio d'origine la considerazione del tempo in cui la persona giunta a stato di capacità possa

(1) V. Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. II, n. 73.

prendersi a grado suo un domicilio, si venga a confondere il vero domicilio originario della persona con quelli che può avere successivamente acquistati per legge durante il suo stato d'incapacità. Una bambina nascendo ha avuto il domicilio paterno; quante volte il padre abbia preso altro domicilio, l'avrà cangiato con lui anche la figlia; morto il padre avrà seguito il domicilio della madre; maritandosi avrà preso il domicilio del marito; solo divenendo vedova, o separandosi di convivenza, potrà assumere un domicilio diverso, ov'ella voglia. E diremo che tutti i vari domicilii avuti fino a quest'ultimo tempo, costituiscono per lei il suo *domicilio d'origine?* Pensiamo invero che si produrrebbe con ciò una confusione, la quale certo non deriva dal considerare il *domicilio d'origine* come una cosa stessa col *domicilio di nascita.* Preferiamo perciò di distinguere il domicilio di origine, o di nascita, dal domicilio *acquisito;* suddistinguendo poi, circa quest'ultimo, i casi in cui l'acquisto di nuovo domicilio abbia luogo per legge, dagli altri in cui si verifichi per fatto e volontà della persona.

94. Un altro principio che la dottrina moderna si accorda generalmente a stabilire, quantunque in diritto romano si ammettesse una massima contraria (1), consiste in questo; che una persona non possa avere il suo domicilio generale in più luoghi ad un tempo.

I motivi stessi, pei quali si vide essere stata riconosciuta la necessità di determinare per ciascuna persona una sede giuridica costante, giustificano infatti anche questa massima; poichè l'unità del domicilio è indispensabile a raggiungere lo scopo della istituzione di esso. Altrimenti, ben lungi dal troncarsi le difficoltà che sorgerebbero dalla mancanza di sede giuridica costante della persona, si moltiplicherebbero piuttosto in forza della pluralità dei domicilii.

D'altronde si scorge facilmente come a questa teoria si

---

(1) V. L., 6, § 2, 27, § 2 ff., *ad Municipalem et de incolis.*

conformi perfettamente lo spirito delle disposizioni del nostro codice, quando si osservi che dichiarando il domicilio civile essere *nel luogo in cui la persona ha la sede principale dei propri affari ed interessi* (art. 16, cod. civ.), si suppone evidentemente che quand'anche una persona abbia più sedi dei propri affari ed interessi, sia una sola — quella cioè la quale risulti essere la *principale,* — che costituisca il domicilio; e quando si consideri inoltre che parlando del cangiamento di domicilio, e facendolo consistere nel *trasferimento della residenza in altro luogo, coll'intenzione di fissarvi la sede principale,* si suppone non meno manifestamente che non si possa acquistare un nuovo domicilio senza perdere l'anteriore, il che rende impossibile la coesistenza di più domicilii.

Anche qui però i fatti, nelle loro specialità, possono talvolta lasciar luogo a dubbi nell'applicazione di queste teorie.

Suppongasi, per esempio, che taluno abbia trasferito la propria residenza in altro luogo da quello in cui era prima domiciliato, rompendo con questo ogni relazione, cessando manifestamente e incontestabilmente di tenervi la sede dei propri affari; ma suppongasi insieme che questo tale non abbia trasportato il centro de' proprii affari in luogo unico, ma avendo, per esempio, aperti più stabilimenti industriali in luoghi diversi, risieda or nell'uno or nell'altro di essi, di guisa che non sia possibile determinare quale fra questi luoghi abbia costituito a propria sede principale. Quale sarà allora il domicilio di questa persona? Diverse soluzioni furono proposte. Quella però che si presenta come più conforme al rigore logico dei principii, e che infatti sembra preferita dal maggior numero degli autori, consiste nella stretta applicazione della massima, che nessuno perde il proprio domicilio d'origine fuorchè acquistandone contemporaneamente un nuovo; di che segue, che supponendo non essersi stabilita in nessuno dei nuovi luoghi una sede, che possa dirsi principale, degli affari ed interessi della persona,

si debba ritenere conservato tuttavia il domicilio d'origine (1). Il caso coincide nella sostanza col secondo di quelli figurati nel numero precedente. Vi è la sola differenza, che allora si supponeva abbandonato di fatto il primo domicilio, senza stabilirne alcuno fisso in luogo diverso, dandosi, per esempio, ad una vita girovaga; mentre ora si suppone trasferita altrove la residenza, ma divisa la sede degli affari in più luoghi diversi, di modo che in nessuno di essi se ne possa dire fissato un centro principale. Questa differenza non può per altro dar fondamento ad una diversa decisione. Affinchè il domicilio precedente potesse dirsi, non solo abbandonato di fatto, ma cessato di diritto per tutti gli effetti civili che la legge ne faceva dipendere, sarebbe indispensabile — secondo l'articolo 17 del codice civile — che la persona avesse *trasferita la sua residenza in un altro luogo, colla intenzione di fissarvi la sede principale.* Se invece la persona ha trasferito gli affari suoi in più luoghi, dei quali nessuno può dirsene la *sede principale*, manca una delle condizioni essenziali per produrre *cangiamento di domicilio.*

Ad altri è suggerito il pensiero che il nuovo domicilio dovesse allora essere determinato dalla *priorità di tempo;* considerando cioè come nuovo domicilio il luogo ove la persona si fosse trasferita ed avesse posta la sede de' suoi affari al momento di abbandonare il domicilio primitivo (2). Questa idea però non pare che possa produrre alcuna utilità per la risoluzione della controversia. Giacchè, se si suppone che al momento di abbandonare il precedente domicilio, la persona abbia posta la residenza, colla intenzione di fissarvi la sede principale, nel luogo in cui prima si trasferì, e dopo non abbia avuta l'intenzione di formare una nuova sede principale in altro luogo, dove nondimeno abbia

---

(1) V. Proudhon, *Tr. sur l'état des personnes*, chap. XIX, sect. V in f.°; Duranton, t. I, n. 359; Laurent, t. II, n. 75; Astengo ed altri; op. cit., art. 16, § VI, pag. 227.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist., di dir. civ., it.*, Lib. I, n. 47, nª 7, 2ª ediz., pag. 55.

pure dimorato abitualmente e riunita una parte de' proprii affari ed interessi, non si scioglie ma si sopprime la questione; non potendovi allora esser dubbio che il domicilio primitivo sarà stato cangiato legalmente, a senso dell'articolo 17 cod. civ., per quel primo trasferimento, mentre l'avere assunta dopo una dimora abituale, e riunita una parte degli interessi in un terzo luogo, senz'animo però di costituirvi la sede principale, non avrà potuto produrre un nuovo cambiamento di domicilio. Se invece si suppone, come porta appunto la discussione presente, che abbandonando di fatto il primo domicilio, si sia divisa la residenza personale e la sede degli affari in più luoghi, nessuno dei quali possa dirsi costituire lo stabilimento principale, non può essere certamente la priorità di tempo quella che attribuisca ad una sede il carattere di principale, ch'essa non abbia, e in diritto il primo domicilio rimarrà sempre fermo.

Ma, diceva il Pacifici-Mazzoni " io suppongo che nulla " autorizzi a ritenere che la persona abbia conservato " neppure *animo tantum* il domicilio che aveva; conviene " dunque che ne abbia acquistato un altro; e questo per " verità non può essere che nel luogo ove primamente ha " trasferito la residenza colla intenzione di fissarvi la sede " principale degli affari ed interessi ".

In ciò appunto sta l'errore; cioè nel ritenere che non si conservi il domicilio, se non continuando nella intenzione di mantenervi la sede principale de' proprii affari ed interessi. Non è questa la teoria adottata dalla legge, Il domicilio che si ha, sia poi *d'origine* od *acquisito*, si conserva *per virtù della legge stessa, finchè non sia provato il trasferimento della residenza in altro luogo colla intenzione di fissarvi la sede principale*. Tale è la disposizione testuale dell'art. 17 del codice civile. Fingasi pure che non solo *nulla sia provato, che autorizzi a ritenere conservato, intenzionalmente almeno, il domicilio primitivo*, ma sia provato anzi, in contrario, l'animo di abbandonare assolutamente quel domicilio. Finchè però dalla persona non siasi costi-

tuito un domicilio nuovo, nei modi stabiliti dall'art. 17, essa rimarrà sempre legalmente col domicilio di prima, perchè la legge le permette di cangiarlo, non di farne senza. Se poi la persona avrà trasferita in un altro luogo la residenza, colla intenzione di fissarvi la sede principale, mancherà qualsiasi possibilità di questione, trovandosi mutato il domicilio in questa nuova sede, secondo la disposizione espressa dell'art. 17. E supposto che posteriormente la persona prenda dimora abituale e concentri parte degli affari suoi in altro luogo ancora, se questo diverrà la *sede principale*, si verificherà un secondo cambiamento di domicilio; altrimenti il domicilio rimarrà dove si era precedentemente trasferito. Evidentemente in tutto ciò non può assolutamente avere alcuna influenza l'idea della *priorità del tempo*.

Il *Marcadè*, dopo avere enunciato che il principio, secondo cui nessuno può avere più domicilii generali ad un tempo, non è suscettibile di alcuna eccezione, soggiungeva che " tuttavia le cose possono procedere come " se questa eccezione esistesse. Infatti suppongasi che un " commerciante abbia più stabilimenti in città diverse, e " risieda or nell'uno or nell'altro, senzachè nessuna cir- " costanza dimostri quale sia quello che abbia scelto per " suo domicilio: essendo egli in colpa di non dichiarare " la sua intenzione, come vorrebbe l'articolo seguente " (104 del cod. franc., corrispondente al 17 del codice " italiano), si terrebbero per valide le significazioni fatte " in uno di questi stabilimenti indistintamente, come se " in ciascuno di essi esistesse il domicilio della persona „ (1).

Non può disconoscersi in questa teoria un fondamento di giustizia, che infatti la fece ammettere anche da altri autori, generalizzandola anzi maggiormente; col ritenere che in ogni caso, in cui per colpa d'una persona siasi dato luogo ad incertezza intorno al luogo in cui sia vera-

(1) V. Marcadé, art. 103, § IV, t. I, 317.

mente stabilito il domicilio di lei, quella persona, a fronte dei terzi, e per gli effetti di tutti gli atti che questi abbiano compiuti in conseguenza dell'errore in cui siano stati tratti, non possa ricusare come proprio domicilio sia l'uno sia l'altro di quei luoghi, nei quali ugualmente potevasi credere ch'essa avesse stabilita la propria sede (1). Per questo mezzo potrebbero dunque essere rimosse le eccezioni, che un convenuto opponesse, sia per incompetenza dell'autorità giudiziaria davanti cui fosse stato chiamato con azione personale o reale su beni mobili, sia per nullità delle citazioni o d'altri atti che gli fossero stati notificati, allegando che il vero suo domicilio fosse in altro luogo.

La buona fede dell'attore, la colpa e la conseguente responsabilità del convenuto, giustificherebbero che il primo si valesse di un tal mezzo di difesa. Se non che, con tutto ciò, non si suppone già la coesistente pluralità di domicilii, ma solo l'apparente incertezza del luogo in cui sia veramente stabilito l'unico domicilio della persona; nè si vuole affermare che il domicilio vero e l'apparente debbano contemporaneamente produrre tutti gli effetti civili che del domicilio son proprii, ma solo si ammette che i terzi, i quali in buona fede abbiano compiuti certi atti credendo ad un domicilio della persona diverso dal vero, per un errore in cui erano stati indotti per colpa della persona medesima, possano sostenere la validità di questi atti.

Per altri effetti, ad esempio, per determinare il luogo d'aprimento della tutela o della successione, sarebbe sempre al domicilio vero che dovrebbesi avere riguardo.

95. È ammissibile che un cittadino abbia domicilio all'estero, e uno straniero sia domiciliato nel regno? Questo dubbio poteva veramente trovare qualche fonda-

---

(1) V. DEMOLOMBE, t. I, n. 347; AUBRY e RAU, t. I, § 144, nª 18.

mento, più che nel codice attuale, in quelli che lo precedettero.

Nel codice Napoleone l'articolo 102 era espresso così: " Il domicilio *di qualunque italiano*, per quanto riguarda " l'esercizio de' suoi diritti civili, è il luogo ov'egli ha il " suo principale stabilimento „.

Il codice pel Regno delle Due Sicilie parlava del *domicilio di qualunque nazionale;* il codice Albertino del *domicilio d'ogni suddito;* il codice Estense del *domicilio d'ogni cittadino.*

Si comprende perciò come queste espressioni potessero dar luogo a concepire l'idea che il legislatore si occupasse unicamente *del cittadino, del nazionale, del suddito,* nè avesse voluto estendere agli stranieri la finzione legale del domicilio, cogli effetti civili che se ne fanno dipendere; e d'altra parte avesse inteso di regolare soltanto quel domicilio che il cittadino tenesse in un luogo compreso entro i limiti del territorio dello Stato. Qualche opinione erasi infatti manifestata in questo senso fra gl'interpreti del codice francese, da cui quelle disposizioni erano tratte; sebbene fosse prevalente la teorica contraria.

Nel codice italiano però fu adottata una espressione differente.

In esso, come nel codice di procedura civile per gli Stati Parmensi (art. 129), è parlato genericamente del *domicilio civile di una persona;* prescindendo così da qualsiasi distinzione fra cittadino e straniero; come parlando del *luogo in cui è la sede principale degli affari ed interessi della persona,* pare che siasi implicitamente escluso di voler distinguere circa il territorio in cui quel luogo trovisi compreso, sia poi entro i confini del regno, o fuori. Oltre a ciò, altri e più importanti argomenti concorrono a risolvere in questo senso tale quistione. La quale per altro riguardando più specialmente al trasferimento del domicilio da un luogo ad un altro, ci riserbiamo di trat-

tarne in sede più opportuna discorrendo del cangiamento di domicilio. È infatti particolarmente nei casi di tale cambiamento, che può presentarsi occasione a proporre il dubbio, se il cittadino possa con effetti legali trasferire il proprio domicilio all'estero, o lo straniero trasferirlo in Italia. Nondimeno non è escluso che una simile questione sia pure proponibile in ordine al domicilio d'origine — quando, per esempio, occorra di stabilire se debba riguardarsi come domiciliato nel regno il figlio d'uno straniero, che abbia qui la sede principale dei proprii affari ed interessi — ed è perciò che abbiamo reputato opportuno di far cenno di tale quistione anche in questo luogo.

96. Fu osservato dal *Savigny*, nel suo trattato di diritto romano, che “ La definizione del domicilio essendo fon- “ data sui rapporti della vita naturale dell' uomo, non “ potrebb'essere applicata alle persone giuridiche. Non- “ dimeno può essere necessario di assegnare artificial- “ mente alle persone giuridiche un domicilio simile o “ analogo a quello delle persone naturali, specialmente “ quando si tratti di determinare la giurisdizione a cui “ siano sottoposte „.

Nelle medesime idee convenne pure il *Laurent*, sebbene paresse da prima professarne delle più assolute.

Esponendo i principii generali sul domicilio, egli aveva infatti cominciato dal dire che “ vi sono corpi e stabilimenti “ pubblici, a cui la dottrina dà il nome di *persone civili*. “ Pur contestando questa qualificazione, è d'uopo però “ riconoscere che le persone dette *civili* hanno un domi- “ cilio; vi è necessità di averlo per loro, come per le per- “ sone fisiche, dappoichè esse pure potendo stare in giudi- “ zio, è indispensabile che siano domiciliate „. Ma più oltre ha soggiunto: “ È evidente che *le persone morali non* “ *hanno domicilio propriamente detto*. Infatti il domicilio “ suppone un'abitazione; ora le sole persone fisiche abi- “ tano in un luogo determinato; una finzione legale non

" può avere residenza in alcun luogo. Inoltre bisogna che " chi ha un'abitazione abbia eziandio l'intenzione di fissarvi il suo principale stabilimento; ora le persone " morali non sono suscettibili di volontà. Nondimeno i " corpi e gli stabilimenti pubblici, avendo dei diritti, sono " pure nel caso di sostenerli in giustizia; è dunque necessario che l'attore sappia davanti qual tribunale debbano " esser tratti „ (1).

Non sapremmo trovare obbiezioni sostanziali quanto al qualificare, anzichè quale domicilio vero e proprio quello delle persone giuridiche, come una *sede analoga a quella del domicilio per le persone fisiche*. Sarà un diverso modo di esprimere il concetto della differenza tra le une e le altre relativamente al domicilio; e forse potrà parere più esatto, e meglio corrispondente al vero. Ma non ci sembra nemmeno che sia da accusare come erroneo l' attribuire anche alle persone giuridiche un vero e proprio domicilio; quantunque rispetto a loro si fondi, per necessità delle cose, sopra fatti diversi, e produca effetti più limitati. La nostra legge considera espressamente *come persone* i corpi morali legalmente riconosciuti, attribuendo anche a loro il godimento dei diritti civili (art. 2, cod. civ.), e stabilisce poi la massima che ogni persona debba avere un domicilio nel luogo in cui essa ha la sede principale dei proprii affari ed interessi (art. 16, cod. civ.). Ora, è forse da escludere dal novero dei diritti civili quello del domicilio cogli effetti legali che ne conseguono? O gli affari ed interessi, che pure appartengono ai corpi morali, non possono avere, e non hanno realmente sempre una sede principale? Certamente, pel domicilio delle persone giuridiche non possono assumersi a base fatti identici a quelli che valgono per le persone naturali; la residenza, che forma uno degli elementi del domicilio di queste, non può esserlo per quelle; giacchè un' astrazione, una finzione

(1) V. Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. II, n. 66, 70.

legale, quale è la persona giuridica, non può avere residenza materiale in alcun luogo. Ma, appunto perchè si tratta d'un ente astratto e fittizio, supplisce congruamente alla residenza materiale, l'esistenza e l'azione in un luogo determinato di chi — sia persona individua, o corpo amministrativo — rappresenti quell'ente; il quale luogo coinciderà naturalmente con quello in cui è la sede principale degli affari ed interessi del corpo morale. Certamente ancora, al domicilio delle persone giuridiche non sarà applicabile la distinzione di domicilio d'origine ed acquisito, nel senso in cui s'intende per le persone fisiche; non verificandosi per quelle, come per queste, uno stato primitivo d'incapacità, durante cui debbano seguire il domicilio altrui, come il minore non emancipato segue il domicilio del padre, della madre o del tutore; mentre i corpi morali, appena costituiti legalmente, hanno pienamente tutta quella capacità giuridica che è loro consentita dalla legge, ed hanno immediatamente nella sede della loro amministrazione e dei loro affari ed interessi un domicilio, che non è loro trasmesso da altri. Ma appunto questo domicilio è per loro *primitivo*, e in questo senso può dirsi *d'origine;* nè è tolto che appresso possano cangiarlo trasferendo altrove la sede della loro amministrazione e dei loro interessi, la quale diverrà in tal caso, per contrapposto al primo, un domicilio *acquisito*. Certamente, infine, tra gli effetti civili del domicilio, quelli che presuppongono l'esistenza fisica della persona sarà impossibile che si avverino relativamente alle persone giuridiche. Non sarà per loro che il domicilio potrà determinare il luogo di apertura della tutela o della successione, la competenza dell'ufficiale pubblico per certi atti che si compiono dalle sole persone naturali, ecc. Ma, siccome anche le persone giuridiche hanno diritti da esercitare e obbligazioni da adempiere, e siccome perciò può occorrere di doverle trarre in giudizio, e di dover loro notificare le citazioni od altri atti, il loro domicilio servirà a determinare la competenza del-

l'autorità giudiziaria davanti a cui possano esser proposte contro queste persone giuridiche le azioni personali o reali mobiliari, ed il luogo in cui possano esser fatte le notificazioni; tutto ciò, s'intende, sotto riserva delle eccezioni che siano fatte espressamente dalla legge.

Così pure il domicilio d'una persona giuridica determinerà, a senso dell'art. 1249, § 2° del codice civile, il luogo in cui debba eseguirsi il pagamento per estinguere un'obbligazione contratta dallo stesso corpo morale.

Ci sembra pertanto potersi conchiudere, che anche le persone giuridiche hanno sempre un vero domicilio, fin dal momento in cui comincia la loro esistenza legale, salvi i cangiamenti che possano in seguito avvenirne; sebbene questo domicilio differisca in più rapporti da quello delle persone naturali, per necessità derivante dalla diversa esistenza, fittizia delle prime, reale delle seconde, e principalmente ne differisca in ordine ai fatti che danno fondamento alla determinazione del domicilio, e in ordine agli speciali effetti legali ch'esso produce.

Aggiungasi che anche le persone giuridiche possono avere domicilii speciali od elettivi.

97. Vi è una specie particolare di domicilio, che vien detto *di soccorso*, e nulla ha di comune col *domicilio civile*, nè col *politico*, ma riguarda effetti puramente amministrativi, per la determinazione della competenza passiva delle spese impiegate a soccorrere persone indigenti.

Le ragioni onde ammettere che per tali effetti possa essere attribuito alla persona un domicilio diverso da quello che le spetta per l'esercizio dei diritti civili o dei diritti politici, facilmente s'intendono.

Secondo la nostra legislazione i soccorsi, che occorra di prestare a persone indigenti, sono in generale *facoltativi* pei Comuni e per le Provincie. Vi sono bensì alcune eccezioni a questa regola, specialmente pel mantenimento dei

mentecatti poveri e degli esposti (art. 174, n° 10° e 237, § 2° della legge 20 marzo 1865, all. A, n. 2248); ma in questi casi stessi alle obbligazioni imposte dalla legge alle Provincie ed ai Comuni non corrispondono, a favore dei bisognosi di soccorso, diritti esercibili mediante azione giudiziale; solamente è attribuito alla competente autorità amministrativa superiore l'ufficio d'iscrivere coattivamente nei bilanci le somme corrispondenti a tali spese obbligatorie. Ne deriva che il domicilio delle persone da soccorrersi non serve ad altro, in queste materie, che a determinare l'obbligazione delle Provincie e dei Comuni nei loro rapporti rispettivi. Ciò costituisce dunque una differenza essenziale relativamente ai domicilii civile e politico, i quali hanno per oggetto l'esercizio di diritti particolari, dell'uno o dell'altro ordine, risguardanti la persona, che nel luogo appunto del proprio domicilio ha diritti da esercitare e obbligazioni da adempiere.

Ond'è che le particolari condizioni, a cui per tali oggetti è subordinato lo stabilimento o il cangiamento del domicilio civile o politico, non possono essere applicabili a quel particolare domicilio che nei rapporti tra Provincie e tra Comuni serve a determinare la competenza passiva delle spese per soccorsi agl'indigenti, non essendovi parità di motivi. Chè anzi, rispetto a quest'ultima specie di domicilio, vi è una ragione manifesta per doverlo determinare assumendone un fondamento diverso; inquantochè l'obbligo d'un Comune o d'una Provincia di provvedere ai soccorsi che si rendano necessari per una determinata persona, deve naturalmente corrispondere agli oneri locali a cui la stessa persona sia tenuta di soddisfare in quel Comune o in quella Provincia, mentre non sempre può essere indizio certo di ciò il domicilio civile, e tanto meno il politico, se la persona tenga in altro luogo la sua residenza reale.

In Francia la legge del 25 vendemmiajo, anno 2° (16 ottobre 1793) regolava con disposizioni apposite il

domicilio di soccorso, che definiva così: “ *il luogo nel quale l'indigente ha diritto ai soccorsi pubblici* „ quantunque anche a norma di quella legislazione i soccorsi agl'indigenti fossero facoltativi pei Comuni e pei dipartimenti, eccettuato il mantenimento degli *alienati* e dei *trovatelli*.

Le principali norme contenute in quella legge erano le seguenti:

essere luogo naturale del domicilio di soccorso, quello *di nascita;*

intendersi per luogo di nascita dei figli *il domicilio abituale della madre* all'istante del nascimento;

per acquistare il domicilio di soccorso richiedersi il *soggiorno di un anno in un medesimo Comune;*

il soggiorno non contarsi che dal dì della iscrizione nei registri municipali;

reputarsi conservato l'ultimo domicilio di soccorso finchè non se ne fosse acquistato ed attivato un nuovo.

Nella nostra legislazione non si hanno norme generali regolatrici di quello che dicesi *domicilio di soccorso*.

E nelle stesse disposizioni, che sopra citammo, della legge 20 marzo 1865, all. A, nelle quali si annovera tra le spese provinciali obbligatorie quella *pel mantenimento dei mentecatti poveri della Provincia* (art. 174, n° 10°) e si lasciano transitoriamente a carico dei Comuni e delle Provincie in una determinata proporzione le spese *per il mantenimento degli esposti* (art. 232, § 2°), nulla è aggiunto circa il modo con cui abbiasi a determinare la competenza passiva di tali spese, i criteri coi quali abbiasi a stabilire l'*appartenenza* del mentecatto ad una determinata Provincia.

Quanto ai trovatelli, ben s'intende che non sarebbe possibile alcun dubbio; non potendosi avere riguardo ad altro che al luogo in cui ne avviene la nascita, od in cui furono esposti, poichè essendo figli di genitori ignoti, non hanno nascendo un domicilio qualsiasi, che solo dal padre o dalla madre potrebbero derivare.

Quanto poi ai mentecatti, vi è qualchè discordanza tra la giurisprudenza amministrativa e la giudiziaria; avendo la prima ritenuto che nell'art. 174, n° 10° della legge comunale, sotto la denominazione di *mentecatti poveri della provincia* " non possono essere compresi che i mentecatti " poveri, i quali o *per domicilio legale*, o *per quei titoli* " *che ne tengono luogo*, appartengono ad una determinata " Provincia „ (1); mentre l'altra ha stabilito decisamente la massima, che non al domicilio civile, ma alla sola *residenza*, alla *dimora fissa*, *abituale*, debbasi in questa materia avere riguardo (2).

E crediamo che quest'ultima sia la massima da seguirsi, nel dubbio ch'è lasciato dalla imperfetta espressione della legge.

In alcune delle Provincie del regno sono tuttora in vigore disposizioni legislative speciali, che impongono ai Comuni l'onere delle spese di spedalità per gl'infermi poveri, e stabiliscono eziandio certe norme, coll'applicazione delle quali sia da determinarsi, nei rapporti fra più Comuni, a quale fra essi debba incombere la spedalità per un determinato individuo. Nelle provincie Toscane è veramente al *domicilio civile* — sia poi *originario* od *acquisito* — che si ha riguardo in questa materia. Nelle provincie Lombarde-Venete la competenza passiva delle spedalità si determina invece prendendo in considerazione un domicilio, per gli effetti amministrativi di cui si tratta, distinto dal domicilio civile ordinario. E nell'interpretare ed applicare le norme vigenti a tale proposito in quelle provincie, furono adottate dalla giurisprudenza amministrativa molte e svariate massime; intorno alle quali sarebbe qui inopportuna ogni discussione, poichè non riguardano il tema nostro, limitato al solo domicilio civile. Ci restringeremo ad accennarne le principali.

---

(1) V. il parere del Consiglio di Stato, 27 luglio 1872 (*Giur. It.* XXIV, III, 52.

(2) V. decisione della Corte di Cassazione di Torino, 31 ottobre 1881 (*Giurispr. Ital.* XXXIV, I, 47.

Il domicilio, per gli effetti amministrativi, si deduce in prima dal *luogo di nascita*, ossia da quello in cui aveva stabile dimora la madre al tempo della nascita del figlio.

La moglie segue il domicilio del marito: i figli minorenni seguono quello del padre.

Non s'intende cambiato il domicilio d'origine, nè quello che siasi successivamente acquistato, se non quando siasi assunta altrove *l'abituale dimora, coll'animo di renderla stabile.*

Gl'impieghi pubblici portanti l'obbligo della dimora stabile in un luogo, traggono seco necessariamente lo stabilimento del domicilio amministrativo nel luogo stesso.

La dimora decennale costante in un medesimo luogo importa per se stessa la costituzione del domicilio per gli effetti amministrativi.

Il trasferimento del domicilio civile implica pure quello del domicilio amministrativo, salvi i cambiamenti ulteriori che di questo potrebbero verificarsi, ancorchè non fosse più mutato quello.

L'addirsi in modo permanente e continuo al servizio altrui (*famulato*) produce stabilimento del domicilio, per gli effetti amministrativi, nel luogo dove il servizio è prestato.

98. Da queste nozioni generali discendendo ora alle particolari teorie risguardanti a ciascuna delle specie sopra distinte di domicilio civile, ci occuperemo separatamente del *domicilio generale* e dello *speciale* od *elettivo*. E in ordine al primo, tratteremo innanzi tutto del *domicilio d'origine*, e poscia del *domicilio acquisito*, ossia del *cangiamento di domicilio*, distinguendo le cause per le quali esso si cangia *di diritto*, e quelle per le quali ne avviene il cangiamento *di fatto*.

CAPO I.

Del Domicilio civile generale.

Sommario. — 99. Idee generali su questa materia. Ragioni del metodo di trattazione di essa.

99. Tutta la materia del domicilio civile generale è dominata naturalmente dall' elemento della volontà della persona, dipendendo da questa volontà lo stabilirsi in un luogo con animo di rimanervi costantemente, di non allontanarsene fuorchè per cause speciali e temporanee, di ritornarvi al cessare di tali cause; il che tutto costituisce, come fu osservato sopra, i caratteri fondamentali del domicilio. Ond'è che non basterebbe il solo fatto del concentramento degli affari ed interessi della persona in un determinato luogo, se non concorresse l'intenzione della persona stessa di fermare la propria sede principale in quel luogo.

Ma i minori di età, se non abbiano ottenuta l'emancipazione, sono, o si ritengono almeno per legge, incapaci di avere una volontà, una intenzione a cui possano attribuirsi effetti giuridici; sicchè essi non potrebbero nemmanco essere considerati come capaci a scegliersi un domicilio, per tutti gli effetti di diritto.

Parlammo dei *minori di età, che non abbiano ottenuta l'emancipazione* — sia poi *di pien diritto*, o *per atto formale* (art. 310, 311, cod. civ.) — perchè essi soli trovansi in uno stato di completa incapacità civile. Gli *emancipati*, all'opposto, sono soggetti soltanto a determinate limitazioni di capacità *relativamente all'amministrazione dei loro beni*, non possono fare liberamente che gli *atti di amministrazione semplice*, e per quelli che la eccedano hanno bisogno dell'*assistenza del curatore*, e in alcuni casi anche dell'*autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela*, e dell'*omologazione del tribunale* (art. 317, 318, 319, cod. civ.); ma sono invece perfettamente capaci — in generale almeno,

e salve le eccezioni che siano espressamente fatte dalla legge — per tutto ciò che riguardi, non la gestione del loro patrimonio, ma la disposizione della loro persona; intorno a che godono d'una piena libertà di agire. Gli emancipati perciò possono prendersi un domicilio a loro scelta, indipendentemente da quello del padre, o della madre, o del tutore, e senza bisogno di riportare il consenso dal curatore. Ciò risulta anche dal testo dell'art. 18, § 2°.

D'altra parte però nemmeno i minori non emancipati potrebbero rimanere senza domicilio civile, perchè niuno può mancarne assolutamente. Da questo, già lo notammo, sorse la necessità che la legge supplisse al difetto di volontà della persona, e determinasse essa medesima il domicilio, assecondando gli interessi della persona stessa, e sostituendo così alla intenzione ch' essa non ha, od è reputata non potere avere, una intenzione presunta. Ciò fece la legge collo stabilire che questi incapaci partecipassero al domicilio di coloro da cui dipendono, di coloro che sono incaricati di rappresentarli. Per tal modo fu attuato pienamente il principio che niuna persona possa mancare di domicilio, perchè ognuno lo ha fin dalla nascita; e perciò appunto si disse questo *domicilio di origine*. Stabilito così il domicilio che ciascuna persona deve avere sin dall'istante in cui incomincia la sua vita naturale e giuridica, è manifesto che la facoltà di acquistare un domicilio proprio, un domicilio di fatto e di diritto insieme, non può cominciare se non dal giorno in cui essendosi raggiunta la capacità agli atti della vita civile, per ciò almeno che riguarda la disposizione della propria persona, possa farsi efficacemente per tutti gli effetti legali anche questo atto dello stabilimento del domicilio; ed è chiaro non meno che allora non può trattarsi più di una prima costituzione, ma di un semplice cangiamento del domicilio. Un caso di vero stabilimento primitivo di esso, per volontà e fatto della persona, non potrebbe in diritto reputarsi verificato mai; salvochè qualora fosse smarrita completamente ogni traccia del

domicilio d'origine, equivarrebbe di fatto a domicilio primitivo quello che la persona si fosse costituito.

Il cangiamento del domicilio originario può però avvenire, non solo per fatto e volontà della persona giunta a stato di capacità, ma anche per disposizione della legge; può esservi insomma, non solo un cangiamento reale del domicilio civile generale, ma anche un cangiamento di diritto di tale domicilio, come avviene per la donna che va a marito, pel maggiorenne che viene sottoposto alla interdizione.

Così dunque abbiamo, innanzi tutto, un *domicilio d'origine*, che non è nè può essere fuorchè puramente *di diritto*; può verificarsi poscia un *cangiamento di domicilio*, che dipende talvolta unicamente dalla disposizione della legge, ed è allora pure di diritto semplicemente, ma altre volte dipende dalla libera volontà della persona, ed è in questo caso *di fatto e di diritto* ad un tempo.

In questa esposizione abbiamo così tracciata la via che ci sembra più opportuno di seguire nella trattazione della materia del domicilio civile generale; mentre il dividerla, come si suole, in due parti, in una delle quali si parli del domicilio di diritto, e nell' altra del domicilio reale, può ingenerare qualche oscurità; confondendo in una sola trattazione la determinazione originaria e il cangiamento di domicilìo, e lasciando passare inosservato il punto importante che nel domicilio reale si ha veramente un cangiamento, piuttosto che una costituzione primitiva di domicilio.

SEZIONE I.

DEL DOMICILIO D'ORIGINE.

Sommario. — 100. Come si dermini il domicilio d'origine. — 101. In quali casi il domicilio d'origine derivi da quello del padre, o della madre, o del tutore. — 102. Se e quale domicilio d'origine abbiano i figli adulterini e gli incestuosi, e quelli di genitori ignoti.

100. “ Il minore non emancipato ha il domicilio del “ padre o della madre o del tutore „. Questa massima, così

testualmente enunciata nel secondo paragrafo dell'art. 18 del codice civile, contiene tutta la teoria del domicilio d'origine. La legge dovendo determinarlo, non lo poteva fare altrimenti che attribuendo alla persona, che è incapace di stabilirsi un domicilio da sè, quello di chi la rappresenta in tutti gli atti civili e ne amministra i beni; essendo vero d'altronde che la sede principale degli affari ed interessi dell'incapace trovasi necessariamente dove quegli affari sono amministrati, dove è esercitata la rappresentanza sua negli interessi che lo riguardano. Ora, dell'incapace per minore età hanno appunto la rappresentanza in tutti gli atti civili, e l'amministrazione dei beni, il padre o la madre che eserciti la patria podestà, o in loro mancanza il tutore (art. 220 § 3, 224 § 1°, 231 § 1°, è 277 cod, civ.). Da questa considerazione emerge una conseguenza importante per la spiegazione del detto articolo 18; che cioè non è semplicemente la qualità di padre o di madre, quella che determina l'attribuzione del loro domicilio come domicilio d'origine al figlio, ma è veramente *l'esercizio della patria podestà o della tutela.*

Si è detto che il minore può avere come suo domicilio d'origine anche quello del tutore. E ciò può verificarsi per colui che fin dal momento stesso della sua nascita si trovi in istato di tutela; come avverrebbe pei figli legittimi quando il padre fosse premorto, e la madre non potesse avere la patria podestà per effetto di condanna penale, o fosse morta al momento stesso in cui dava alla luce il figlio, ovvero quando si trattasse d'un figlio naturale legalmente riconosciuto (art. 184, cod. civ.) od anche d'un figlio di genitori ignoti (art. 248, cod. civ.). Potrebbesi, è vero, obbiettare che in questi casi — eccetto quello del figlio naturale legalmente riconosciuto nell'atto di nascita — il domicilio, che il tutelato desumerebbe da quello del proprio tutore, non sarebbe propriamente d'origine, perciocchè il tutore, essendo dato alla persona dopo la nascita, non potrebb'essere contemporaneo a questa lo assumerne

il domicilio. Ma, a parte quanto vi sarebbe di sottile e rigoroso in questa osservazione, è certo ad ogni modo che il dover seguire per disposizione di legge il domicilio del tutore, varrebbe in tali casi come determinazione primitiva di domicilio; sicchè questo sarebbe, sotto tale aspetto almeno, da parificarsi ad un domicilio d'origine.

101. Procedendo ad esaminare quando l'attribuzione del domicilio d'origine debbasi derivare dal padre, e quando dalla madre o dal tutore, ci sarà in questa ricerca di facile e sicura guida la massima avvertita sopra, che cioè non in altro che nell'esercizio della patria podestà o della tutela ha fondamento la determinazione del domicilio d'origine stabilita nell'accennato paragrafo secondo dell'articolo 18.

Quando pertanto si tratti di figlio legittimo avente amendue i genitori, egli avrà per domicilio d'origine quello del padre; perchè è da questo che si esercita durante il matrimonio la patria podestà (art. 220, § 3°, cod. civ.). Nè influirebbe in contrario la circostanza che la madre fosse separata legalmente dal marito, e avesse domicilio diverso, e il figlio fosse nato e vissuto sempre nel luogo di domicilio della madre. In questo luogo egli avrebbe allora una semplice residenza, ma il domicilio legale sarebbe tuttavia presso il padre.

Solamente quando per effetto di condanna penale, d'interdizione, di assenza o di altro impedimento, il padre non godesse o non potesse esercitare la patria podestà, questo esercizio essendo devoluto alla madre, a tenore dell'art. 220, § 3°, cod. civ., sarebbe il domicilio di lei che determinerebbe quello del figlio; e lo stesso sarebbe pure quando il padre fosse premorto al tempo della nascita del figlio (v. art. 220, § u°, cod. civ.).

Quando poi si trattasse di un figlio naturale riconosciuto da uno de' suoi genitori, o da amendue, egli allora seguirebbe nel primo caso il domicilio di chi lo avesse rico-

nosciuto come figlio, fosse poi il padre o la madre, e nel secondo caso il domicilio del padre (arg. art. 4, 7, § 1°, cod. civ.). E ciò, non solo perchè l'art. 18 parla in genere del padre o della madre, senza distinguere la figliazione legittima dalla naturale, ma anche perchè quello dei genitori che riconobbe il figlio naturale, o di preferenza il padre se il riconoscimento fu fatto da amendue i genitori, ha la tutela legale del figlio stesso durante la minore età (art. 184, cod. civ.), e diviene quindi applicabile il predetto articolo 18, laddove dichiara che il minore non emancipato ha il domicilio del tutore.

102. Tali argomenti non sarebbero però invocabili pei figli adulterini o incestuosi, dei quali è vietato il riconoscimento (art. 180, cod. civ.), nè pei figli di genitori ignoti. Or quale sarà il domicilio d'origine di queste persone? Secondo le cose esposte sopra, dovrebb' essere il domicilio del tutore, che fosse stato dato a termini dell'articolo 248, o il luogo in cui avesse sede l'ospizio nel quale questi fanciulli fossero stati ricoverati, e alla cui amministrazione sono essi confidati giusta il disposto dell'articolo 262.

Intorno a questo punto troviamo però qualche dissidenza di opinioni nella dottrina francese. Taluno insegna che “ il figlio illegittimo non riconosciuto dal padre nè “ dalla madre, non ha da principio per domicilio che il “ luogo di sua nascita, poscia quello del suo tutore, se “ gliene è dato uno, fino a che, padrone de' suoi diritti, “ egli possa scegliersi un domicilio proprio „ (1).

Altri invece hanno professato che “ il figlio naturale non “ riconosciuto da nessuno dei genitori, non attenendosi in “ diritto a veruna persona, abbia determinato dal fatto il “ proprio domicilio, cioè debba seguire quello della persona “ che lo prende per sempre a suo carico, sia poi uno

(1) V. Proudhon, *Des personnes*, Capo XIX, Sect. I.

“ dei genitori, o un estraneo, od anche una persona morale, “ un ospizio che lo abbia ricoverato „ (1).

E questa ultima teoria è stata seguita anche sotto il nostro Codice (2). Pure essa sembra suscettibile di gravi obbiezioni.

Rammentiamo, innanzi tutto, che si tratta qui d'un domicilio puramente *di diritto*, che cioè è opera e creazione esclusiva della legge. E mentre il testo legislativo non ammette che si tragga il domicilio d'origine da altri che dal proprio padre, madre o tutore, prende aspetto di arbitrio lo estendere la finzione della legge, che attribuisce un domicilio a chi è incapace di averne uno proprio, ritenendo ch'egli abbia a desumerlo da persone estranee, non aventi rispetto a lui la qualità di tutore, o più ancora dal luogo in cui possa essere avvenuta anche accidentalmente la nascita.

Quest'ultima opinione confonde troppo manifestamente la residenza col domicilio. Il luogo in cui una persona sia nata, ed abbia continuato a dimorare abitualmente, sarà certamente la sua residenza, ma non potrà dirsi domicilio; trattandosi di chi è incapace a stabilire una sede principale dei proprii affari ed interessi, e non essendovi d'altronde una persona, la quale rappresentando legalmente il minore e amministrando i suoi beni, possa dirsi che costituisca legittimamente la sede principale degli affari ed interessi del minore stesso dove tiene la sede principale de' proprii. Ora questa osservazione si applica perfettamente anche all'altra opinione, che darebbe il domicilio d'origine al figlio di genitori ignoti nel luogo dove fosse domiciliata la persona estranea che lo avesse raccolto con intenzione di tenerlo per sempre a proprio carico. Anche quella persona non avendo il diritto di rappresentare legittimamente il minore in tutti gli atti civili e di amministrare

(1) V. Marcadé, art. 108, § 2, t. I, n. 323; Demolombe, t. I, n. 361.

(2) V. Astengo ed altri, op. cit., t. I, art. 108, § 4, p. 241; Pacifici-Mazzoni, *Istit.*, Lib. I, 2ª ediz., n. 51, pp. 62-63, nª 1.

i beni che gli potessero pervenire, non potrebbe comunicargli il proprio domicilio come domicilio legale di origine. Il minore avrà in fatto presso questa persona la propria residenza, la quale in mancanza di un domicilio legale potrà anche tenerne luogo, ma non comincierà ad avere un vero domicilio di diritto fuorchè dal giorno in cui gli sia dato un tutore a termini dell' art. 248, ovvero sia ricoverato in un pubblico ospizio, nel qual caso essendo confidato all'amministrazione dell'ospizio stesso, che lo rappresenta negli atti civili e ne amministra i beni secondo la disposizione dell' art. 262, avrebbe quindi per domicilio legale la sede dell'amministrazione.

Questa teoria ebbe un suffragio autorevolissimo. " Se " i figli naturali — così scrisse un illustre giureconsulto — " non sono riconosciuti, possono tuttavia avere un domici- " lio legale *se hanno un tutore;* e qualora siano ricoverati " in un ospizio, la legge stessa li costituisce in istato di " tutela. Ma *se non sono sotto tutela, non vi è domicilio legale* " *che possa esser loro applicato.* Bisogna dire che il loro " domicilio è sconosciuto, perchè ne sono ignoti i genitori. " *La residenza terrà luogo per loro di domicilio* „ (1).

Sembrò per altro al *Pacifici-Mazzoni* che con ciò si contraddicesse il principio che *niuno può mancare di domicilio;* e soggiunse: " il suo domicilio al postutto non sarà noto, " per essere ignoti i suoi genitori, e gli terrà luogo di domi- " cilio la residenza. Ma non riesco a comprendere il perchè " non possa tenersi conto della circostanza che tale crea- " tura ha presso della persona con cui vive la sede prin- " cipale de' proprii affari e interessi. Non si tratterà a " rigore di un *domicilio legale;* sarà invece un *domicilio* " *reale:* ma, ripeto, io non riesco ad escludere il concetto " giuridico del domicilio „ (2).

In tutta questa argomentazione pare a noi di trovare

---

(1) V. Laurent, *Princ. de dr. civ.* t. II, n. 88, p. 119.
(2) V. Pacifici-Mazzoni, l. c., nº 1.

un amalgama d'idee, le quali avrebbero bisogno d'esser lasciate distinte, e quando siano chiarite, non portano alla conclusione che l'egregio autore volle dedurne. Egli riconosceva che il figlio di genitori ignoti, raccolto da un privato benefattore, non ha presso questo un *domicilio legale;* e certamente sarebbe troppo difficile trovare un domicilio legale senza una legge che lo stabilisca; ma sosteneva che sarebbe, se non altro, un *domicilio reale.* Ora, il *domicilio reale* suppone *il fatto* della residenza in un luogo, *e l'animo* di fissarvi la sede principale de' proprii affari ed interessi. Ciò non può ammettersi che rispetto a persone capaci. Il minore non emancipato non può avere che un *domicilio di diritto;* e poichè tale non è pel figlio di genitori ignoti quello della persona privata che lo ha raccolto, tanto meno può essere per lui, durante il suo stato d'incapacità, un *domicilio reale.*

Nè può dirsi che presso quella persona il fanciullo beneficato abbia *la sede principale de' proprii affari ed interessi.* Non può averla, se non presso chi lo rappresenti legittimamente ed abbia l'ufficio di amministrarne i beni; nè ciò si verifica per l'estraneo, non tutore, che ha preso a beneficare un fanciullo abbandonato. Questi avrà comune col suo benefattore *la residenza*, che è di puro fatto, non il domicilio, che per lui non potrebbe essere che di puro diritto.

Il domicilio di diritto — si soggiunge — non può mancare a questo bambino, come non manca a nessuno; egli ha in diritto lo stesso domicilio dei suoi genitori; solamente, non essendo conosciuti questi, è pure ignoto quello. E fino a certo punto il ragionamento è giusto. Ma a che approda poi? Se vi è materia a cui debbasi applicare il detto “ *idem est non esse, aut non apparere* „ è appunto questa del domicilio, istituto giuridico avente scopi ed effetti essenzialmente pratici. A che gioverà praticamente l'avere ammesso che il figlio di genitori ignoti, abbia per domicilio di diritto quello dei genitori stessi, finchè non si possa conoscere in qual luogo questo domicilio

sia, non sapendosi quali siano i genitori? Se questi verranno un giorno, o volontariamente, o forzatamente, a riconoscere il figlio, diverrà senza dubbio applicabile la regola ch'egli debba seguire il domicilio del padre o della madre; e questo dovrà anzi reputarsi essere stato il domicilio di lui fin dal giorno in cui nacque, poichè il riconoscimento essendo *dichiarativo*, non *attributivo* di filiazione, gli effetti ne sono retroattivi.

Ma se riconoscimento volontario non avviene, se non si è in un dei casi d'eccezione, nei quali sono ammesse le indagini sulla paternità (art. 189, cod. civ.), se mancano i mezzi di prova necessari in appoggio della ricerca di maternità (art. 190, cod civ.), si avrà un bel dire che in diritto il figlio ha — o piuttosto dovrebbe avere — il domicilio del padre o della madre; ma in realtà non vi sarà alcun luogo in cui possa dirsi che questo figlio sia domiciliato, finchè non sia sottoposto effettivamente a tutela, e non assuma quindi per legge il domicilio del tutore, o dell'ospizio in cui venga ricoverato.

Più ancora, vi sono casi di assoluta impossibilità giuridica che il domicilio d'un figlio illegittimo sia di diritto quello de' suoi genitori; i casi, cioè, di filiazione adulterina od incestuosa contemplati nell'art. 180 del codice civile. Il legislatore ha vietato che questa filiazione possa farsi constare con atto legale, che se ne possano ammettere indagini giudiziali, e che, comunque possa talora risultare provata con mezzi diretti o indiretti, produca mai altro effetto civile fuor di quello dell'azione del figlio illegittimo per ottenere gli alimenti dal genitore (art. 193, cod. civ.), Non può dunque certamente derivarne nemmeno l'effetto di comunicarsi dal genitore al figliuolo il domicilio, secondo il disposto dell'articolo 18; e quindi è impossibile concepire l'esistenza per lui d'un domicilio legale prima che abbia un tutore. Il rimedio di attribuire al figlio, in mancanza del domicilio che non gli può essere comunicato dai genitori, quello della persona *che ne abbia presa cura definitiva*,

non ci sembra accettabile per le ragioni già esposte, e perchè non potendo esser quello per lui nè un *domicilio di diritto* — giacchè non gli è assegnato dalla legge — nè un *domicilio reale*, essendo egli incapace per età ad assumerne uno, resterebbe solo che gli potesse essere conferito per fatto e volontà della persona che lo ha preso in cura; ciò che sarebbe assurdo. E in un altro assurdo incorre ancora l'opinione che combattiamo; col ritenere che il domicilio di diritto del figlio illegittimo sia quello del padre o della madre di lui, quantunque non vi sia riconoscimento, nè volontario, nè forzato di filiazione, e che nondimeno abbia un *domicilio reale* presso la persona che lo abbia preso per sempre a suo carico; quasichè fosse possibile la coesistenza di due domicilii, l'uno di diritto, l'altro reale.

L'obbiezione più grave è quella fondata sulla massima che *niuno può mancare di domicilio*. Ma ad essa pure vi è una risposta. È quella una regola che riceve la sua applicazione nella generalità dei casi, ma che nondimeno non può resistere alla impossibilità contraria che in qualche caso eccezionale si avveri. Il legislatore ammettendo quella regola, ha provveduto ai mezzi per attuarla; e questi consistono nella disposizione dell'art. 18, § 2°, che “ il minore non emancipato ha il domicilio del padre o “ della madre, o del tutore „. Ma se questi mezzi mancano, per essere ignoti il padre e la madre, e per non essere ancora stato nominato il tutore, la regola stessa diviene di fatto inapplicabile per necessità delle cose; e resta solo che del domicilio tenga luogo intanto la residenza, o in mancanza anche di questa la dimora.

SEZIONE II.

DEL DOMICILIO ACQUISITO.

SOMMARIO. — 103. Richiamo di principii fondamentali già spiegati, e partizione della materia.

103. Secondo le idee già svolte nei numeri prece-

denti, non può verificarsi, generalmente, un acquisto di domicilio posteriormente alla nascita, se non per cangiamento del domicilio d'origine che ognuno deve avere. Così il domicilio acquisito si confonde col cangiamento di domicilio.

Questo avviene ordinariamente per fatto e volontà della persona, che giunta a maggiore età od emancipata abbandona il proprio domicilio primitivo per stabilirsene un nuovo. Ma talvolta è anche la legge stessa, che per particolari considerazioni determina il cangiamento di domicilio, e lo fa specialmente pei minori di età, ai quali essa stessa diede il domicilio d'origine, se si verifichino cause che ne giustifichino il cambiamento; ma lo fa pure qualche volta pei maggiori di età.

Divideremo pertanto questa sezione in due paragrafi: in uno dei quali parleremo delle cause per le quali si cangia di diritto il domicilio, nell'altro dei modi nei quali il domicilio può essere cangiato di fatto; e nel primo tratteremo separatamente del cangiamento di diritto del domicilio dei minori, e di quello dei maggiori di età.

§ I. — Delle cause per le quali si cangia di diritto il domicilio.

Sommario. — 104. Per quali cause possa cangiarsi in virtù di legge il domicilio dei minori non emancipati. — 105. Casi nei quali è stabilito per disposizione legislativa il cangiamento di domicilio d'una persona maggiore di età. — 106. Domicilio legale della dnnna marilata. — 107. Domicilio legale del maggiorenne che sia sottoposto ad interdizione. — 108. Ragioni per le quali furono escluse dalla nostra legislazione altre cause di cangiamento legale di domicilio.

104. Le cause stesse, dalle quali abbiamo visto procedere la determinazione originaria del domicilio, possono pure far luogo a cangiamento giuridico di esso; se la condizione della persona si muti in modo da sostituire l'una di quelle cause all'altra, e da rendere necessaria conseguentemente la cessazione del domicilio primitivo e l'attribuzione di un altro.

Così anche in questo argomento è sempre la massima generale sancita nel secondo paragrafo dell' articolo 18, che riceve applicazione; la massima, cioè, che " il mi- " nore non emancipato ha il domicilio del padre o della " madre o del tutore ".

Vediamone le diverse applicazioni seguendo l'ordine stesso che abbiamo adottato riguardo al domicilio d'origine.

Si tratta in primo luogo d'un figlio legittimo. Egli trasse il proprio domicilio d'origine da quello del padre; ma questi muore prima della maggiore età o dell'emancipazione del figlio, o decade dalla patria podestà per condanna penale, od è dichiarato assente, o subisce la interdizione giudiziale; sicchè l'esercizio della patria podestà passa alla madre, a termine dell'art. 220 cod. civ. Il figlio acquista allora il domicilio della madre, che può essere diverso da quello d'origine del figlio stesso, ossia da quello del padre; perchè la moglie ha bensì lo stesso domicilio del marito, ma può prenderne un altro qualora divenga vedova, o sia legalmente separata (art. 18 cod. civ.).

Parimente se per morte, assenza dichiarata, condanna penale, abuso, cessi anche la podestà della madre, e si apra la tutela del figlio, egli cangerà di domicilio seguendo quello del tutore che gli sarà dato. E ciò avverrebbe quando anche, in caso di abuso della patria podestà, essendo provveduto dal tribunale per la nomina di un tutore alla persona del figlio, a tenore dell'art. 233 del cod. civ., il figlio avesse però in fatto continuato a risiedere presso la madre; ma non avverrebbe se invece, a norma del predetto articolo, fosse stato soltanto nominato un *curatore ai beni* del figlio, poichè non aprendosi allora uno stato di tutela, non potrebbesi far luogo ad applicare la regola che *il minore ha il domicilio del tutore* (art. 18 cod. civ.).

Inoltre qualunque volta il padre o la madre o il tutore, il cui domicilio è seguìto dal minore non emancipato, venga a cambiare tale domicilio, lo cangierà con lui anche il minore. Coerentemente a ciò vediamo infatti essere disposto

dall'art. 249 del cod. civ. che " se il tutore trasferisca il " domicilio in altro mandamento, potrà per decreto del " tribunale civile esservi trasferita la sede del consiglio di " famiglia „.

Se invece si tratti d'un figlio naturale riconosciuto da amendue i genitori, nel qual caso egli è soggetto durante la minore età alla tutela legale del padre (art. 184 codice civile), e se questa tutela cessi nel padre stesso, per morte, per assenza o per abuso, sicchè subentri la tutela legale della madre, il figlio acquisterà il domicilio di questa, a cui l'esercizio della tutela rimane affidato. Se per una di tali cause cessi anche la tutela della madre e sia dato un tutore estraneo al figlio, questi ne seguirà il domicilio.

Se infine si tratti del figlio di genitori ignoti, ma che possa essere riconosciuto, perchè naturale, non adulterino nè incestuoso, e il riconoscimento avvenga legalmente, egli acquisterà il domicilio del genitore da cui il riconoscimento provenne, od a preferenza quello del padre, se fu riconosciuto da amendue i genitori, perdendo quindi contemporaneamente il domicilio primitivo, che avesse o presso il tutore che gli fosse stato dato, o presso l'ospizio in cui fosse stato ricevuto. Potrebbe poi cangiarsi ancora di diritto il domicilio nei casi stessi, che poco sopra furono indicati per l'ipotesi del figlio naturale il cui riconoscimento fosse stato fatto nell'atto di nascita od anteriormente.

Anche nei casi in cui il figlio naturale segue il domicilio del tutore, lo cangierebbe poi ancora ogni volta che cessando un tutore ne fosse nominato un altro, o che rimanendo il medesimo tutore mutasse esso il domicilio.

Tutto ciò però deve intendersi, come d'altronde lo esprime chiaramente il testo stesso della legge, del solo *minore non emancipato;* perchè, non solo quando egli raggiunga la maggiore età, ma quando anche ottenga, o di diritto col matrimonio, o per atto formale, la emancipazione (articoli 310, 311 e 312 codice civile) acquista la facoltà di stabilirsi un domicilio proprio; e però non segue più i

cangiamenti di domicilio che faccia il genitore o il tutore, alla cui podestà od autorità era prima soggetto, quantunque il padre e, in difetto di questo, la madre assuma verso di lui l'ufficio di curatore (art. 314, § 2° e 315 del cod. civ.).

L'emancipato manterrebbe però il domicilio, che aveva presso il padre o la madre o il tutore, fino a che non eseguisse un legale trasferimento del suo domicilio in altro luogo, a termini dell'art. 17 del cod. civ.; perchè altrimenti non sarebbe osservato il principio che niuno possa mai mancare di un domicilio, nè quindi possa perdere quello che già aveva, se non assumendone contemporaneamente un nuovo. Ma questa facoltà, di fissare altrove la sede principale dei suoi affari ed interessi, sarebbe esercibile per lui anche durante la condizione di minore emancipato, prima di avere raggiunta la maggiore età.

105. Il domicilio di un maggiorenne può cangiarsi per virtù diretta della disposizione della legge; o sul fondamento di un fatto volontario della persona, pel quale essa siasi posta in tale stato da renderle necessario di seguire il domicilio altrui, o di un fatto che, sebbene indipendente dalla volontà della persona, la metta in una condizione di incapacità, per la quale ragion voglia ch'essa abbia il domicilio di chi è incaricato di rappresentarla e di amministrarne i beni.

La prima di queste cause, per le quali si cambia di diritto il domicilio d'una persona, quando pure sia maggiore di età, si verifica per la donna che va a marito. La individualità della vita coniugale, l'essere prescritto che la moglie debba seguire la condizione del marito ed accompagnarlo dovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza (art. 131 cod. civ.) rendono facilmente ragione del non essersi supposta, nè permessa con effetto legale, alla moglie la intenzione di stabilirsi altrove che presso il marito medesimo.

L'altra causa di cangiamento legale di domicilio di un

maggiorenne od emancipato si verifica quando egli sia sottoposto ad interdizione, e messo quindi nello stato di tutela (art. 324, 329 cod. civ.); perchè egli allora si trova in una condizione d'incapacità, che non solo non gli permetterebbe più di fissare per propria volontà un domicilio, ma assoggettandolo alla rappresentanza ed all'amministrazione altrui, rende necessario di ritenere costituita la sede principale degli affari ed interessi suoi dove ha domicilio il tutore.

In ordine a questa specie di domicilio acquisito accade di fare una osservazione, la cui importanza non è inferiore alla sua evidenza; ed è, che nello stabilire tali cambiamenti di domicilio la legge prescinde del tutto da ogni considerazione tanto del fatto della residenza, quanto della intenzione della persona di tenere in luogo diverso la sede principale dei proprii affari ed interessi. Perciò la donna maritandosi acquista il domicilio del marito, e l'interdetto quello del tutore, quantunque di fatto continuino a risedere nel luogo diverso in cui erano prima domiciliati, o prendano residenza altrove; e non solo l'incapace per interdizione, ma nemmeno la donna maritata potrebbe mai dichiarare efficacemente la propria volontà di fissare un domicilio diverso da quello del marito, quando anche lo facesse con espressa autorizzazione di quest'ultimo, o in forza di un patto esplicito contenuto nel contratto matrimoniale (articolo 1379 cod. civ.).

La disposizione, che stabilisce il domicilio legale della moglie nel luogo in cui ha la sede principale dei proprii affari ed interessi il marito, riguarda i rapporti di famiglia, ed essendo perciò d'ordine pubblico, non è suscettibile di derogazione per volontà della moglie stessa, e neppure col consentimento del marito. Non vi è paragone possibile, rispetto a ciò, colla *residenza;* la quale, come più volte notammo, è *di mero fatto.* E sebbene la moglie sia pure tenuta per legge ad *accompagnare il marito dovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza* (art. 131 cod. civ.), in

fatto però può verificarsi che la moglie, ancorchè non separata legalmente, abbia in luogo diverso una residenza propria, alla quale siano attribuibili tutti gli effetti giuridici che la legge annette appunto alla residenza; poichè è in facoltà del marito di esercitare, o no, il diritto che gli accorda l'art. 131 ora citato, costringendo la moglie a seguirlo dov'egli vuole risiedere. Il *domicilio legale*, all'opposto, è *di puro diritto;* e la disposizione che lo stabilisce essendo inoltre *d'ordine pubblico*, non è possibile ammettere che abbia alcun valore in contrario la volontà, quantunque formalmente manifestata, della moglie, nè il concorso dell'autorizzazione maritale.

Pertanto la dichiarazione, che una donna maritata volesse fare, a senso dell'articolo 17, § 2° del cod. civ., per trasferire la sede principale dei proprii affari ed interessi in luogo diverso dal domicilio del marito, non solo non potrebbe produrre alcun effetto in diritto, ma nemmeno potrebb'essere accettata ed iscritta nei registri dall'uffiziale dello stato civile.

106. “ La moglie che non sia legalmente separata “ — così l'art. 18 del codice — ha il domicilio del marito; “ divenendo vedova lo conserva sinchè non ne abbia acqui- “ stato un altro. „

È il fatto stesso del matrimonio, che dal momento della sua celebrazione, attribuisce per legge alla moglie il domicilio del marito; quand'anche il matrimonio siasi celebrato, non nel luogo di questo domicilio, ma in quello di domicilio o residenza della sposa. A ciò richiedesi però naturalmente, e per principio generale, che il matrimonio sia valido. Se non che, anche contratto nullamente, producendo tuttavia gli effetti civili se fu contratto in buona fede, o producendoli almeno per quello dei coniugi nel quale la buona fede siasi verificata (art. 116 cod. civ.), il domicilio civile attribuito per legge alla moglie, che pure va annoverato tra gli effetti civili del matrimonio, starebbe non

ostante la nullità di questo, se la moglie stessa almeno avesse ignorata al tempo della celebrazione la causa di quella nullità.

Nel testo del riferito articolo veggonsi sciolte espressamente due questioni, a cui lasciava luogo il codice francese.

La prima era, se la separazione legale dei coniugi facesse cessare il domicilio civile obbligatorio della moglie presso il marito. Non mancavano gravi autorità a negarlo (1) fondandosi sulla generalità del testo dell'art. 108 del codice francese, che non ammetteva distinzione tra il caso in cui fosse o non fosse avvenuta separazione legale, e sulla revocabilità dello stato di separazione, la quale si opporrebbe al carattere di stabilità che è essenziale al domicilio.

A queste considerazioni un'altra se ne aggiungeva, desunta dalla peculiarità del sistema adottato relativamente all'autorità maritale dal codice francese; secondo cui la moglie non poteva fare, in generale, atti giuridici quali che fossero senza esservi autorizzata dal marito, ancorchè ne fosse separata di convivenza. D'onde argomentavasi che la unità di domicilio tra marito e moglie fosse una conseguenza della incapacità giuridica della donna, costretta a ricorrere al marito per tutti gli atti che le occorresse di fare; e che la separazione di convivenza non immutando a questa incapacità, la donna che rimaneva sotto la podestà del marito, dovesse pure conservare il domicilio di lui.

L'opinione però più generalmente accettata ammetteva al contrario, che l'obbligatorietà del domicilio della moglie presso il marito non sussistesse fuorchè durante la convivenza legale dei coniugi. Pronunciata legittimamente la loro separazione, dicevasi non esser più ragionevole e poter divenire pericoloso l'attribuire tuttavia in diritto alla moglie il domicilio del marito, in onta ai fatti che fossero in opposizione; la regola, che attribuisce alla moglie il domicilio stesso del marito, essere una conseguenza dell'obbligo im-

---

(1) V. Merlin, *Rep.*, v° *Domicile*, § V; Zachariæ, § 143, n° 4.

postole di seguire la residenza di lui, piuttosto che un effetto immediato e diretto dell'autorità maritale; ad ogni modo non potersi disconoscere che questa pure subisca qualche modificazione in forza della separazione di convivenza; infine essere tradizionale nell'antico diritto francese la massima, che per la separazione di corpo la moglie riacquistasse il diritto di costituirsi un domicilio separato da quello del marito, dove le piacesse, ed aversi tutta la ragione di pensare che anche nel cod. Nap. si fosse inteso di seguire tale tradizione (1).

Questa opinione fu accolta espressamente nel nostro codice, dichiarando che avrà il domicilio del marito soltanto *la moglie che non sia legalmente separata;* e la giustificazione ne riesce tanto più facile nel sistema della legislazione nostra, in cui non fu più adottata l'idea d'una incapacità della donna maritata per tutti gli atti giuridici in generale, ma si limitò la necessità dell' autorizzazione maritale ad alcuni atti di maggiore importanza, tassativamente determinati dalla legge. È chiaro infatti come in tale sistema non vi fosse più ragione sufficiente per considerare quale effetto necessario dell'autorità maritale, che perdurasse anche dopo la separazione legale di convivenza dei coniugi, l'imporsi alla donna il mantenimento del medesimo domicilio del marito. Oltre di che, se la separazione legale si è pronunciata per colpa del marito, l'autorizzazione di lui non è più necessaria per nessun atto della moglie; se la separazione si è pronunciata per colpa comune dei coniugi, o della sola moglie, o per mutuo consenso, rimane bensì necessaria l'autorizzazione, ma questa dev'essere data dal Tribunale Civile (art. 135, 136 cod. civ.); nè quindi vi era più sotto questo aspetto alcun motivo di obbligare la moglie separata a conservare lo stesso domicilio del marito.

Quanto all'argomento, che in senso contrario si adduce,

(1) V. Proudhon et Valette, t. I, Chap. XIX, Sect. III, n. 6; Duranton, t. I, n. 345; Marcadé, art. 108, § 1, t. I, n. 322; Demolombe, t. I, n. 358; Aubry e Rau, t. I, § 143, n. 2, nª 5; Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. II, n. 85, p. 115, 116.

perchè i coniugi possono, quando vogliano, far cessare di comune accordo gli effetti della separazione, mentre il domicilio ha per carattere suo essenziale la stabilità; è ovvio che tenderebbe a sostiture la *immutabilità* alla *stabilità* del domicilio. Se la moglie separata trasferisce altrove la residenza coll'intenzione di fissarvi la sede principale dei suoi affari, non può negarsi che questa nuova sede abbia il carattere della stabilità. Se poi questa donna si riunirà di nuovo col marito, certamente riprenderà il domicilio legale presso di lui; ma non vi sarebbe ragione di accusare per ciò una instabilità di domicilio, che allo stesso modo potrebbe trovarsi anche negli altri casi, giacchè chiunque abbia cangiato il proprio domicilio nei modi determinati dall'art. 17 del cod. civ., può sempre quando voglia riprendere il domicilio di prima, compiendo fatti che dalla sola volontà sua dipendono.

Un'altra questione potevasi elevare, pel caso di vedovanza della donna, per determinare se essa perdesse senza altro il domicilio legale acquistato col matrimonio, che per la morte del marito si scioglieva. E il nostro codice vi rispose dichiarando, in conformità del principio generale secondo cui non si può perdere il domicilio acquistato per qualsivoglia causa senza assumerne contemporaneamente un nuovo, che la moglie divenendo vedova " conserva il " domicilio del marito *finchè non ne abbia acquistato un* " *altro* „. La qual regola, d' altronde, per la generalità stessa del principio su cui si fonda, è applicabile non solo al caso di scioglimento del matrimonio per la premorienza del marito, ma anche agli altri di separazione legale dei coniugi, o di dichiarata nullità del matrimonio putativo.

Avvi un caso particolare in cui la donna maritata può avere un domicilio proprio, sebbene non sia legalmente separata, ed è quando il marito essendo interdetto, la moglie ne abbia assunta la tutela legale a tenore dell'art. 330 del cod. civ.; poichè allora diviene applicabile l'altro prin-

cipio, che il maggiore interdetto ha il domicilio del tutore (art. 18, § u. cod. civ.) (1).

Per quanto chiara e certa possa sembrare questa massima, non le è mancato però un contraddittore sommamente autorevole. Egli ragionava così: “ Quando la moglie è no-
“ minata tutrice del marito interdetto, vi sono due domi-
“ cilii legali in conflitto; quello della donna maritata, che
“ è presso il marito, e quello dell'interdetto, che è presso
“ il tutore. Quale dei due, nella specie del caso, deve pre-
“ valere? Quello che ha una causa permanente. Ora la
“ causa permanente è il matrimonio; la interdizione del
“ marito non fa che la moglie non sia sotto la podestà
“ maritale; dunque il domicilio di lei deve essere quello
“ del marito „ (2).

Com'è facile scorgere, tutta questa argomentazione avea per base l'idea, che poteva essere accettabile rispetto al codice francese, che motivo principale dell'essersi imposto alla donna maritata come domicilio legale di lei quello del marito, fosse la dipendenza completa in cui essa era posta sotto l'autorità maritale, essendo reputata incapace a tutti generalmente gli atti giuridici, quando il marito non ve l'avesse autorizzata. Ma poichè, come osservammo superiormente, non è questo il sistema seguìto dalla nostra legislazione, la quale ha ristretta la necessità dell'autorizzazione per la donna maritata ad alcuni atti particolari tassativamente determinati, possiamo dunque dispensarci dallo indagare se in quell'argomentazione vi fosse altrettanta verità quanta era l'apparenza che aveva saputo darle l'eccelso ingegno dell'autore. E parimente possiamo omettere di occuparci d'un altro argomento, ch'egli deduceva per analogia dall'art. 109 del cod. Nap., perchè non abbiamo nel codice italiano una disposizione corrispondente. Secondo lo spirito della legislazione nostra, il domicilio del marito è anche *domicilio legale* della moglie, perchè questa dovendo

(1) V. Demolombe, t. I, n. 363; Dalloz, *Rep.*, v° *Domicile*, n. 92.
(2) V. Laurent, t. II, n. 99, p. 131.

essere subordinata a quello come capo della famiglia, ed essendo tenuta a seguirlo dov'egli trasferisca la sua residenza, è conseguente il ritenere che nel luogo stesso del domicilio di lui, abbia essa pure la sede principale dei proprii affari ed interessi. Ora, questo stato di cose è sostanzialmente mutato allorchè il marito viene assoggettato per interdizione alla tutela della moglie. Le parti allora s'invertono; e la sventura del marito, che lo ha fatto sottoporre ad interdizione, rende indispensabile che debba egli rimanere subordinato alla sua tutrice, e seguirla, anche per gli effetti legali del domicilio, in quel luogo ove ella riconosca opportuno di stabilire la sede principale degli interessi comuni. Sarebbe strano, e non confacente di certo a quegli interessi la cui protezione forma scopo della legge, che dovendo la moglie trasferire altrove la residenza, ad esempio per allontanare il marito dalle cause che ne avessero prodotta la infermità mentale, e per provveder meglio alla cura di lui, non potesse però stabilire in quel luogo la sede principale degli affari proprii e del marito stesso, o così praticando in fatto, dovesse tuttavia in diritto reputarsi domiciliata ancora nel luogo ov'erasi stabilito il marito prima di essere interdetto.

Un dubbio più grave sorge pel caso in cui la tutela del marito interdetto sia deferita, non alla moglie, ma ad altra persona. Quale sarà allora il domicilio della moglie? Dovrà seguire, insieme al marito, quello del tutore di lui? O conserverà quello che il marito aveva prima della interdizione? Importanti ragioni vengono addotte per l'una e per l'altra opinione.

“ La donna maritata — dicono alcuni — non ha altro
“ domicilio che quello del marito; ora il marito interdetto
“ ha il domicilio del suo tutore; dunque la moglie deve
“ essere domiciliata presso il tutore del marito „ (1).

Altri contrappongono le seguenti considerazioni: “ L'in-

(1) V. Duranton, t. I, n. 471; Demolombe, t. I, n. 363.

" terdizione del marito lascia sussistere l'autorità maritale;
" salvochè l'autorizzazione agli atti della moglie dev'essere
" data dal tribunale, invece del marito. Ciò nonostante la
" sede legale degli affari della moglie è presso il marito,
" non presso il tutore di lui. Inoltre la moglie ha il domi-
" cilio del marito, perchè è tenuta ad abitare con lui, e
" seguirlo dov'egli creda opportuno di risiedere; ma essa
" non è certo obbligata a seguire il tutore del proprio ma-
" rito; dunque essa non può avere il domicilio del tutore
" medesimo, ma conserva quello che il marito aveva al
" momento della interdizione „ (1).

Tra le due opinioni preferiamo quest'ultima, non ostante l'apparente rigore del sillogismo su cui si fonda la prima. È nel modo d'intendere la premessa, che ci sembra riscontrarsi il difetto. Certamente la moglie, che non sia legalmente separata, ha il domicilio del marito, come dichiara espressamente il testo della legge; acquista il domicilio che il marito ha al momento della celebrazione del matrimonio, e segue i cangiamenti ch'egli ne faccia durante lo stato coniugale, se non sia avvenuta legalmente una separazione di convivenza. Ma tuttò ciò riguarda il domicilio che il marito ha od acquista per propria volontà, disponendo come capo della famiglia e nell'interesse proprio e della moglie intorno al luogo in cui convenga conservare o trasferire la sede principale dei loro affari. Quando invece si tratta d'un cangiamento di domicilio, che il marito subisce per legge in conseguenza della interdizione pronunciata contro di lui, è forse altrettanto logico il ritenere che anche la moglie debba subire il medesimo cangiamento di domicilio? È ciò che non sembra ammissibile. Se il tutore è domiciliato in luogo diverso da quello ove aveva prima domicilio l'interdetto, è naturale che la sede degli affari di quest'ultimo si trovi spostata, ed è del suo interesse di avere il domicilio dove lo ha chi lo rappresenta ed ammi-

---

(1) V. Richelot, *Princ. de dr. civ.*, t. I, n. 244; Laurent, l. c.

nistra per lui il suo patrimonio. Ma il tutore rappresenta forse anche la moglie del suo tutelato, e ne amministra i beni? E poichè rimane lei ad agire per gli affari proprii, e ad amministrare il proprio patrimonio, come mai le si imporrebbe la cessazione del domicilio che ha, per assumere quello del tutore del marito, col quale tutore non ha relazione giuridica alcuna? Certamente ciò non le è imposto dalla legge: la quale ritiene bensì doversi dalla moglie seguire anche il cangiamento di domicilio del marito, ma ciò stabilisce riferendosi al caso ordinario d'un marito avente capacità civile, non al caso eccezionale d'un marito interdetto. La moglie conserverà il domicilio legale che aveva al momento della interdizione del marito; e lo conserverà immutabilmente fino allo scioglimento del matrimonio o della interdizione.

107. Poche cose ci rimangono a dire intorno alla massima sancita nell'ultimo paragrafo dell'art. 18, che cioè: “ il maggiore interdetto ha il domicilio del tutore; „ dappoichè i motivi di tale disposizione furono già dimostrati (1).

Orserviamo, innanzi tutto, che si parla in genere del *maggiore interdetto*, senza distinguere se si tratti d'*interdizione legale* per condanna penale, a tenore dell'art. 3 delle disposizioni transitorie per l'attuazione del codice civile, o d'interdizione giudiziale per vizio di mente a termini dell'art. 324 del codice stesso. D'altronde stanno anche pel caso d'interdizione legale gli stessi motivi, per attribuire all'interdetto il domicilio del tutore, che lo rappresenta negli atti civili e ne amministra i beni. I condannati a pene che non portino la interdizione legale conservano il loro domicilio.

Ma quello che è detto della interdizione non potrebbesi applicare alla inabilitazione (art. 339 cod. civ.). Questa

---

(1) V. sopra, n. 105.

vieta all'inabilitato solamente il fare gli atti eccedenti la semplice amministrazione senza l'assistenza di un curatore. Egli può pertanto, al pari del minore emancipato, conservare il domicilio che aveva prima dell'inabilitazione o cangiarlo.

Il domicilio legale dell'interdetto presso il tutore cessa di essere obbligatorio dal giorno in cui la interdizione sia rivocata (art. 338 cod. civ.). Da quel giorno la persona prosciolta dalla interdizione può fissare il proprio domicilio dove stimi opportuno: ma fino a che non lo faccia, conserva necessariamente il domicilio che aveva presso il tutore.

108. Il codice francese negli art. 106 e 107, stabiliva che il cittadino chiamato ad una funzione pubblica temporaria o rivocabile conservasse il domicilio anteriore se non avesse manifestata una contraria volontà, e che l'accettazione di funzioni conferite a vita importasse di diritto una traslazione immediata del domicilio del funzionario nel luogo ove dovesse esercitare il suo uffizio. Uguali disposizioni adottò il codice pel Regno delle Due Sicilie negli art. 111 e 112. Il codice albertino (art. 70) dichiarò invece che " il suddito chiamato a pubblico impiego (senza " distinguere se questo fosse temporaneo od a vita) conser- " vava il primiero suo domicilio, quando non avesse ma- " nifestata un'intenzione contraria ". E lo stesso ripete il codice Estense nell'art. 38.

La distinzione tra gli uffici portanti *inamovibilità*, o no, non era stata ammessa dalla Commissione del Senato nel progetto del codice nostro; sul riflesso " che la inamovi- " bilità non ha conseguenze che nei rapporti tra il Governo " e l'impiegato, e non vincola quest'ultimo, il quale può " volontariamente dimettersi, od essere col suo consenso, " ed in alcuni casi anche a suo malgrado, traslocato " (1).

Si era però proposto di riprodurre nell'art. 23 la dispo-

(1) V. *Proc. verb.*, n. 5, § IV, pag. 55.

sizione dell'art. 70 del codice Albertino, dicendo che " Il " cittadino chiamato a pubblico impiego conserva il pri- " miero suo domicilio, quando non abbia manifestato una " intenzione contraria nel modo espresso nell'articolo pre- " cedente ".

Ma questa disposizione fu ommessa nel codice, siccome inutile, bastando la massima generale che dove non sia espressamente stabilito dalla legge un cangiamento legale del domicilio, si conserva sempre quello che si ha fino a che non si trasferisca la residenza in un altro luogo, *col-l'intenzione di fissarvi la sede principale* (art. 17, cod. civ.); ed anche perchè quella disposizione si occupava " dei " soli pubblici impiegati, quando vi son quelli delle grandi " amministrazioni delle vie ferrate, degli istituti di credito " e simili, i quali si trovano evidentemente nella mede- " sima condizione degl' impiegati del Governo, e per cui " l'articolo non provvederebbe " (1).

Del resto non v'è bisogno di dire che la intenzione di stabilire altrove il proprio domicilio potendo risultare, non solo da espressa dichiarazione fatta agli uffici di stato civile, ma anche *da altri fatti che valgano a dimostrarla* (art. 17, § 2°, cod. civ.), dal novero delle circostanze, sulle quali i giudici potrebbero fondarsi per ritenere constatata la intenzione di cambiar domicilio, non sarebbe certamente da escludersi quella di avere accettate funzioni pubbliche, che rendano obbligatoria la residenza in luogo diverso dal domicilio che si aveva prima; tanto più qualora si tratti di funzioni conferite a vita (2).

Un'altra disposizione del codice francese (art. 109) adottata pure da alcune legislazioni che ebbero vigore in Italia prima del codice attuale (Cod. pel R. delle D. S. art. 114 — Cod. Alb., art. 72 — Cod. Est., art. 40), stabiliva che i maggiori d'età, i quali servissero o lavorassero abitual-

---

(1) V. *Proc. verb.*, l. c.

(2) V. Decisione della Corte d'appello di Torino, 25 gennaio 1882. — *Giurispr.* Torino, XIX, 340.

mente in casa altrui, avessero lo stesso domicilio della persona presso cui prestassero servigio od opera, se coabitassero con lei.

Il progetto ministeriale ommetteva questa disposizione, la quale però fu riammessa nel progetto della Commissione Senatoria, e se ne adduceva per motivo che " ciò " non lede punto la libertà e la indipendenza di colui " che serve o lavora in casa altrui, ma per maggiore di " lui comodo gli attribuisce il domicilio più consentaneo " alla sua intenzione ed ai suoi interessi „ (1).

Alla Commissione coordinatrice il compianto Prof. *Precerutti* propose di sopprimere nuovamente la predetta disposizione. E non ostante l'osservazione fatta da un altro Commissario (G. De Foresta) " che si fu per un motivo di " equità, che la Commissione del Senato credette conveniente di aggiungere la speciale disposizione contenuta " in questo articolo, conforme a quella dell'articolo 22 del " codice Albertino, all'oggetto cioè che le persone di servizio e i lavoranti, per lo più senza coltura e con poche " relazioni, non vengano pregiudicati nei loro interessi e " nell'esercizio delle loro azioni giuridiche, ritenendo il " loro domicilio dove più non risiedono nè dimorano „ la Commissione coordinatrice accolse a grandissima maggioranza la proposta della soppressione, tenendo conto della riflessione fatta dal proponente " che per altra parte potendo queste persone cambiare frequentemente padrone, " il loro domicilio diverrebbe troppo instabile con grave " danno dei terzi „ (2).

Alla quale ragione di convenienza sembra potersi aggiungere l'altra più fondamentale, che la circostanza della residenza presa presso il padrone potrà essere apprezzata dai giudici come elemento efficace in concorso d'altri per dimostrare la volontà di stabilire presso il padrone

(1) V. *Relazione* Vigliani, p. 17, 18.
(2) V. *Proc. verb.*, l. c., p. 56.

stesso il proprio domicilio; ma era eccessivo il considerarla come bastante ad indurre senz'altro un cangiamento di diritto del domicilio; mentre la persona che serve o lavora in casa altrui, e vi coabita per ragione appunto del servizio o dell'opera che presta, può conservare tuttavia l'intenzione di mantenere la sede principale de'suoi affari ed interessi dove era prima domiciliata, nè poi si pone in tale dipendenza rispetto a colui presso il quale serve o lavora, da legittimare che la si costringa ad avere per domicilio proprio quello del padrone.

Nel nostro codice nulla pure è detto in riguardo al domicilio degli assenti. Ma dal principio che ognuno conserva il domicilio che ha, finchè non ne acquisti di diritto o di fatto un altro, risulta abbastanza che all'assente dev'essere mantenuto, per tutti gli effetti di diritto, l'ultimo domicilio che ebbe (1).

Questa massima va però intesa ed applicata con certe riserve. Nessun dubbio — a nostro modo di vedere — che si debba pienamente osservarla qualora si tratti di assenza solamente *presunta*. Dipendendo questa dall'assoluta mancanza di notizie della persona, che ha cessato di comparire nel luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza (art. 20, cod. civ.), è troppo evidente che quando pure l'assente sia tuttora in vita — chè il carattere distintivo dell'assenza, nel senso giuridico, consiste appunto nella incertezza della vita o della morte di chi è scomparso — non è concepibile in tale stato di cose un cangiamento di fatto del domicilio da parte di lui, che non ha più data alcuna notizia di sè. Rimarrebbe la sola possibilità di un cangiamento *di diritto* del domicilio, nel senso che l'assente dovesse reputarsi avere acquistato quello del rappresentante, che gli fosse stato dato a norma dell'articolo 21 del codice. Ma non è sup-

---

(1) V. ASTENGO ed altri, op. cit., art 18, § VIII, t. I, p. 241; PACIFICI-MAZZONI, *Ist.*, 2ª ed., lib. I, n. 51, p. 64.

ponibile l' esistenza d'un domicilio di diritto senza una legge che lo stabilisca; nè vi è disposizione di legge la quale dichiari che l'assente abbia il domicilio del proprio rappresentante nominato giudizialmente, come ve n' è una pel minore e per l'interdetto, che attribuisce ad essi il domicilio del tutore. D'altra parte una disposizione simile neppure avrebbe avuto motivo di giustificazione, poichè il rappresentante nominato al presunto assente non fa che supplire alla mancanza di un procuratore costituito da lui, e siccome egli non assumerebbe certamente il domicilio del procuratore che avesse delegato, così non sarebbe congruo che dovesse seguir quello del proprio rappresentante giudiziale. Oltre di che, potendo verificarsi da un momento all'altro il ritorno dell'assente, gli sarebbe di danno il trovarsi cangiato il domicilio. Nessun dubbio adunque — lo ripetiamo — che il presunto assente debba reputarsi aver conservato il domicilio del tempo in cui scomparve. Di questa massima fu fatta espressa applicazione nel citato articolo 21 in ordine alla competenza, dichiarando che i provvedimenti pel presunto assente debbano esser chiesti al *tribunale civile dell'ultimo domicilio* o dell'ultima residenza di lui; ma si deve ritenerla parimente applicabile per qualunque altro effetto civile (1).

Più ancora; quando pure, trascorso il tempo di assenza presunta indicato dall'art. 22 del codice civile, si tratti di promuovere la formale dichiarazione di cui nell'articolo stesso, il tribunale competente a pronunciarla è sempre quello dell' ultimo domicilio o dell' ultima residenza dell'assente — come vedremo a suo tempo — nulla essendovi che possa far ritenere avvenuto un cangiamento di tale domicilio. Lo stesso è parimente quando, passati sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza dichiarativa d'assenza, venga chiesta l'apertura degli atti d'ultima volontà, che l'assente abbia lasciati, e gli eredi testa-

(1) V. Decisione della Corte d'appello di Bologna, 19 luglio 1867. — *Ann. di Giurispr.*, II, 2, 214.

mentari o legittimi domandino l'immissione nel possesso temporaneo dei beni di lui, a norma dell'art. 26 del codice civile.

Codeste istanze hanno fondamento — come dimostreremo a luogo opportuno — in una specie di *apertura provvisoria di successione,* che in seguito alla dichiarazione di assenza si reputa verificata *nel giorno a cui risale l'ultima notizia della esistenza dell'assente* (art. 26, § 2°, cod. civ.). E siccome la successione si apre *nel luogo dell'ultimo domicilio del defunto* (art. 923, cod. civ.) ed è questo luogo che determina la competenza dell'autorità giudiziaria per tutte le azioni relative alla successione medesima (art. 94, cod. proc. civ.), è conseguente che anche le istanze tra gli eredi dell'assente, concernenti la provvisoria apertura della successione di lui, debbano essere regolate secondo l'ultimo domicilio dall'assente avuto. Dopo che però i presunti eredi dell'assente abbiano ottenuta la immissione nel possesso temporaneo de' beni di lui, un sostanziale mutamento di cose viene a verificarsi. In riguardo all'assente medesimo gl'immessi in possesso sono bensì riguardati come semplici depositari ed amministratori dei di lui beni (art. 28 e 29, cod. civ.); ma nei rapporti coi terzi — ai quali più specialmente riguardano gli effetti del domicilio — quei beni si considerano come trasmessi per titolo di successione ai possessori, salva sempre la condizione risolutiva, a cui tale trasmissione rimane soggetta pel caso che si verifichi la ricomparsa dell'assente, o venga provato in qual giorno ne sia accaduta la morte. Consegue da ciò, che per tutti gli atti che terze persone abbiano a compiere relativamente al patrimonio lasciato dall'assente, debbasi avere riguardo al domicilio di coloro che furono immessi in possesso dei beni, i quali rispetto a quelle persone debbono essere considerati come se ne fossero proprietari, — salve le limitazioni dalla legge apposte alle loro facoltà quanto agli atti di disposizione (art. 29, § 2°, cod. civ.) — anzichè

all'ultimo domicilio dell'assente medesimo. Tanto più poi deve così ritenersi allorchè il possesso provvisorio si trasmuti in definitivo (art. 37, cod. civ.).

Questo però, che si avvera nei rapporti tra gl' immessi in possesso ed i terzi, non può avere influenza rispetto all'assente, s' egli viva tuttora; poichè ricomparendo, o dando notizie di sè, o costituendo un procuratore, egli riprende il proprio domicilio, salvo il cangiamento che possa averne fatto o farne in avvenire a norma di legge.

§ II. — Dei modi nei quali avviene di fatto il cangiamento di domicilio.

109. È un canone ammesso costantemente e universalmente dalla dottrina e dalle legislazioni, che per trasferire da uno ad altro luogo il domicilio di una persona richiedesi il concorso di due elementi indispensabili: il *fatto* cioè e la *intenzione*.

" Un maggiorenne (diceva il *Pothier*) usando dei propri
" diritti, può cangiare il domicilio e trasferirlo dove creda
" opportuno; ma per questo trasferimento è necessario
" il concorso della volontà e del fatto: *Domicilium re et*
" *facto transfertur, non nuda contestatione;* L. 20 ff. *ad muni-*
" *cipalem et de incolis*. Perciò, qualunque sia la dimo-

“ strazione, che una persona abbia dato, della volontà di “ trasferire il proprio domicilio in altro luogo, e qualunque “ sia il motivo, che veramente abbia, di trasportarvelo, “ essa conserverà nondimeno l'antico domicilio, finchè “ non siasi recata a risieder nel luogo in cui intenda di “ costituirne uno nuovo, e non ve l'abbia effettivamente “ stabilito „ (1).

E veramente, essendo il domicilio una finzione giuridica, una creazione della legge, fondata sul rapporto che la persona pone fra sè ed il luogo in cui costituisce la sede principale de' propri affari, è manifesta la necessità che quel rapporto sussista *in fatto*. Per quanto evidente fosse, e quand'anche espressamente dichiarata, la volontà di abbandonare definitivamente un luogo per andare a stabilirsi in un altro, quando poi questo nuovo stabilimento non si effettuasse realmente, non sarebbe ammissibile la finzione di legge che reputasse la persona presente in quel luogo col quale non ha ancora di fatto legati i rapporti suoi, e non la ritenesse più come presente laddove questi rapporti esistono ancora intieramente. D'altronde non si può dimenticare che una delle principali considerazioni giustificanti l'attribuzione di un domicilio a ciascuna persona, riguarda ai rapporti di questa verso altre persone; alle quali è necessario che il domicilio di colui, col quale sono o si pongono in relazione d'interessi, sia rivelato in modo esteriore, sensibile e sicuro; nè basterebbe certamente la manifestazione d'una volontà, che potrebbe rimanere ignota a loro, quando non vi si associasse il fatto del trasferimento reale della sede della persona, fatto di cui possono facilmente e sicuramente avere notizia.

Ma d'altra parte non è possibile riguardare come estranea la volontà della persona alla creazione d'un rapporto essenzialmente intenzionale, quale è quello che essa

---

(1) V. Pothier, *Introd. gén. aux coutumes*. n. 14.

costituisce fra sè medesima ed il luogo in cui fissa la propria sede principale. Potrà accadere che i fatti costituenti il trasferimento da uno ad altro luogo della sede della persona e de' suoi affari ed interessi, bastino essi medesimi a dimostrare la intenzione di far cessare i rapporti che esistevano col luogo dell'anteriore domicilio, per crearne dei nuovi in altro luogo; ma in nessun caso è supponibile l'assenza dell'elemento intenzionale in questo fatto giuridico del cangiamento di domicilio. — Così, quand'anche taluno avesse preso dimora abituale in un luogo diverso da quello del precedente suo domicilio, senza che si scorgesse se e quando egli avesse intenzione di ritornare in quello, non sarebbe perciò cangiato il domicilio, se per dichiarazione espressamente fatta nei modi di legge, o per presunzione derivante dal complesso delle circostanze, non risultasse accertata la volontà di fissare definitivamente nel nuovo luogo la sede principale. Si avrebbe allora soltanto un cangiamento di residenza; la quale, come altra volta fu osservato, può essere in luogo diverso da quello del domicilio.

Da ciò stesso che il trasferimento del domicilio richiede il fatto e la intenzione, risulta poi necessariamente che a conservare il domicilio che si ha, basta la sola intenzione; dappoichè non acquistandosi il nuovo domicilio, non ostante il fatto del cangiamento di residenza, se non vi si congiunga la volontà di stabilirvi la sede principale, nè potendosi d'altra parte rimanere senza domicilio alcuno, è quindi inevitabile in tal caso di conservare il domicilio antico.

La massima suddetta è stata consacrata dal nostro codice colla disposizione dell'articolo 17, § 1°: “ Il trasfe-
“ rimento della residenza in un altro luogo, coll'intenzione
“ di fissarvi la sede principale, produce cangiamento di
“ domicilio. „ E una tale massima è piaciuto a taluni di tradurre in quest'altra formola, che *il nuovo domicilio si forma prendendo possesso legale del luogo in cui si vuole*

stabilirlo; paragonando così il domicilio al possesso, col quale esso ha infatti un qualche rapporto di analogia, in quanto che anche il possesso non si acquista se non col fatto e colla intenzione, ma si può conservare poi colla sola intenzione “Adipiscimur possessionem corpore et animo; “ neque per se animo, aut per se corpore (L. 3, § 1 ff, “ de adquirenda, vel amittenda possessione) “ Licet pos- “ sessio nudo animo acquiri non possit, tamen solo animo “ retineri potest„ (L. 4 Cod. “ de acquirenda et retinenda “ possessione)„.

La giurisprudenza nostrale ha costantemente applicati i preindicati principii; ritenendo che solo dal *concorso del fatto colla intenzione* possa risultare il cangiamento giuridico del domicilio, e che perciò, non ostante il trasferimento della residenza, basti per conservare il domicilio preesistente che non sia provata la volontà di costituire altrove la sede principale dei propri affari ed interessi (1).

110. Dalle premesse cose è facile riconoscere quanto profondamente differisca anche in ciò il cangiamento di fatto del domicilio, dal cangiamento che ne avvenga di diritto; perciocchè quest' ultimo dipende totalmente ed unicamente dalla disposizione della legge, senza che si abbia, nè possa aversi riguardo di sorta così al fatto come all'intenzione della persona. Epperò, come già abbiam visto, il minore non emancipato segue il domicilio del padre o della madre o del tutore, il maggiorenne interdetto quello del tutore, la moglie non separata legalmente quello del marito; ancorchè di fatto queste persone abbiano la propria residenza in altro luogo, e quando

(1) V. decisioni delle Corti di cassazione di Napoli, 10 dicembre 1868 (*Legge*, IX, I, 284), 19 maggio 1873 (*Annali di Giur.*, VIII, I, 364), 10 giugno 1879 (*Foro It.*, IV, I, 773); di Torino, 5 giugno 1879 (*Giurispr.* di Torino, XVII, 4), 13 marzo 1882 (*Legge*, XXII, 2, 659); di Firenze, 28 giugno 1880 (*Annali di Giur.*, XIV, I, 310); e delle Corti d'appello di Firenze, 26 giugno 1869 e 18 giugno 1874 (*Annali di Giur.*, I, 2, 208; VIII, 2, 354); di Torino, 30 luglio 1886 (*Giurispr. Ital.*, XXXVIII, II, 579).

pure manifestino chiaramente, o con espressa dichiarazione, o coi fatti, la loro volontà di prendere e mantenere altrove il loro domicilio.

Chè anzi codesta loro volontà neppur potrebbe acquistare alcuna efficacia per il consenso e l' autorizzazione che riportassero dal padre, dalla madre, dal tutore, dal marito; giacchè non per questo il fatto o l'atto loro potrebbe assumere virtù di derogare a disposizioni di ordine pubblico, quali son quelle che stabiliscono il *domicilio legale*.

Non è così della *residenza*, la quale è *di puro fatto*, mentre il domicilio legale è *di puro diritto*. La legge obbliga bensì la moglie a seguire la residenza del marito (art. 131 cod. civ.), dà facoltà al padre di destinare al figlio, soggetto alla sua podestà, la casa in cui debba stare (art. 221 cod. civ.), dà facolta al consiglio di famiglia di deliberare intorno al luogo in cui il minore soggetto a tutela debba essere allevato (art. 278 cod. civ.); ma può darsi che il marito non si valga del proprio diritto, e lasci tenere dalla moglie una residenza diversa dalla sua, che la casa destinata al minorenne o all'interdetto per dimora abituale non sia la stessa ove ha residenza il genitore od il tutore. Or quanto al *fatto della residenza*, non sarebbe certamente possibile il prescindere dalla realtà; e la residenza deve produrre gli effetti di cui secondo la legge è suscettibile, anche pel minore, per l'interdetto, per la donna maritata, in relazione al luogo in cui veramente è stabilita. La legge medesima ha fatto qualche applicazione espressa di questo principio, allorchè in materia di cittadinanza ha dichiarato che la moglie ed i figli minori dello straniero naturalizzato divengono cittadini *semprechè abbiano anch'essi fissato la residenza nel regno* (art. 10, § 4° cod. civ.) e che la moglie ed i figli minori di colui che ha perduto la cittadinanza divengono stranieri, *salvo che abbiano continuato a tenere la loro residenza nel regno* (art. 11, § 2° cod. civ). È chiaro infatti riconoscersi con ciò la possibilità di una residenza della moglie o dei figli minori,

diversa da quella che ha il marito od il padre; ed a tale loro residenza — cosa di puro fatto — attribuirsi nondimeno effetti legali, come son quelli d'impedire alla moglie ed ai figli di partecipare alla naturalizzazione ottenuta dal marito o dal padre loro, o di farli ritenere come cittadini italiani, non ostante che il marito od il padre abbia perduta tale qualità.

Il domicilio legale invece è un'istituzione giuridica, ed è inconcepibile l'esistenza contemporanea di un diverso *domicilio di fatto*, che pur possa produrre effetti civili, poichè niuno può avere più domicilii nel medesimo tempo. D'altra parte l'attribuzione alla moglie non separata legalmente, al minore non emancipato, all'interdetto, del domicilio del marito, del padre, della madre o del tutore, è il risultato d'una disposizione imperativa della legge, non d'una semplice presunzione legale, il cui effetto possa farsi cessare per la manifestazione d'una volontà contraria. Finchè dunque dura la causa che dà luogo all'attribuzione del domicilio legale, esso solo è attendibile, esso solo può produrre effetti civili. Non è che dal momento in cui quella causa cessi, in cui la donna rimanga vedova, o sia legalmente separata dal marito, in cui il minorenne raggiunga la maggiore età o venga emancipato, in cui l'interdizione sia rivocata, che cesserà eziandio di esistere il *domicilio legale, come tale*, e vi subentrerà quel *domicilio di fatto e di diritto insieme*, che la persona divenuta capace si costituisca a norma dell'art. 16 del codice civile. Se il *domicilio legale* della donna maritata, del minore, dell'interdetto, era anche il loro *domicilio reale*, perchè nel luogo in cui era domiciliato il marito, il genitore, il tutore, essi pure risiedevano e vi avevano di fatto la sede principale dei loro affari ed interessi, questo continuerà ad essere il loro domicilio, finchè non ne abbiano assunto un altro, secondo le norme dell'art. 17, e ciò pel principio che nessuno può mai rimanere senza un domicilio. Ma se il domicilio legale era meramente fittizio, perchè quelle persone avevano di

fatto la loro residenza e il centro de' loro affari in altro luogo, questo diverrà il loro vero domicilio di fatto e di diritto fin dal momento in cui abbia cessato di esistere il domicilio meramente legale, col cessar della causa che ne determinava l'attribuzione, salvo l'ulteriore cangiamento che di tale domicilio possano fare quelle persone venute in istato di capacità. Ecco l'unico effetto che possa derivare da un *domicilio di fatto*, diverso dal *domicilio di diritto*, che siasi avverato contemporaneamente a questo; effetto però non attuabile fuorchè dal momento in cui il domicilio legale cessi di esistere come tale (1).

111. È da osservare, che nel testo già riferito del primo paragrafo dell'articolo 17 si pone come base di fatto del cangiamento di domicilio il *trasferimento della residenza*, mentre nel corrispondente articolo 103 del codice francese, e nei codici italiani che lo avevan seguìto, parlavasi di *abitazione reale*. La quale differenza, se forse non dipende da diverso spirito della disposizione, serve però a porre in più chiara luce una massima importante, la quale non può dubitarsi che nel nostro codice sia stata adottata, se si pon mente alla definizione della residenza data nel secondo paragrafo del precedente articolo 16. Questa massima è, che non basterebbe congiungersi all'intenzione di fissare la sede principale in un determinato luogo il fatto di una dimora temporanea nel luogo stesso; come quando taluno dopo aver fatta regolarmente la propria dichiarazione di cambiamento di domicilio agli uffizi di stato civile dei due comuni, l'uno dei quali voleva abbandonare, e nell'altro fissarsi, si fosse recato momentaneamente dove intendeva di trasferirsi, per cercarvi abitazione o per provvedere a stabilirvi i propri affari; ma si richiede che già vi abbia trasportata la *residenza*, cioè la *dimora abituale*. È questo *il fatto*, che secondo l'art. 17 del codice civile

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 143, nᵉ 15, 16, 17; Laurent, t. II, n. 98, p. 129-130.

deve concorrere colla intenzione di fissare in un determinato luogo la sede principale de' propri affari, per produrre cangiamento di domicilio. E poichè, fino a quando, tale cangiamento non sia legalmente avvenuto, deve reputarsi tuttavia esistente, per ogni effetto di diritto, il domicilio anteriore, nè il cangiamento può ammettersi se non si abbia la piena prova di amendue quelle distinte condizioni; non sarebbe dunque conforme alla legge il ritenere acquistato un domicilio nuovo pel fatto d'essere stata trasferita *la dimora* in un luogo nel quale fosse dimostrata, in uno dei modi accennati nel predetto articolo 17, la intenzione della persona di fissarvi la sede principale de' propri affari ed interessi, se di tale dimora non fosse anche provata l'*abitualità*, necessaria per formarne una vera e propria *residenza* (1). Certamente, la risoluzione dei dubbi che talvolta sorgeranno intorno al doversi qualificare come *abituale*, anzichè semplicemente temporanea, la dimora, presenterà in pratica qualche difficoltà. Spetterà al prudente criterio dei giudici del merito il decidere, prendendo norma dalle circostanze particolari dei casi (2).

112. L'abitudine supponendo la ripetizione continuata di un medesimo atto, potrebbesi pensare che la disposizione del nostro codice, la quale esige pel cangiamento di domicilio il *trasferimento della dimora abituale*, implicasse la necessità che la permanenza nel luogo di nuovo domicilio avesse già durato per un certo tempo, più o meno lungo, ma bastante perchè il tribunale potesse, a suo prudente apprezzamento, riconoscervi gli estremi di una *dimora abituale*. Tale però non sembra essere lo spirito della nostra legge.

---

(1) V. decisione della Corte di cassazione di Firenze, 18 giugno 1874 (*Annali di Giur.*, VIII, 2, 354): della Corte d'app. di Macerata, 22 dicembre 1870 (*Giur. It.*, XXII, 2, 804).

(2) V. sopra, n. 91, p. 272.

In Francia si disputò vivamente e lungamente, in circostanza della compilazione del codice Napoleone, se convenisse fissare un termine, il cui compimento fosse necessario perchè l'abitazione reale congiunta all'intenzione potesse operare il trasferimento del domicilio.

In favore del termine si allegava, che la possibilità d'un istantaneo cangiamento del domicilio avrebbe aperto l'adito a frodi, specialmente in danno de' creditori; che d'altronde è nella natura delle cose il non poter riguardare come formata una vera intenzione, se non quando vi sia stato campo a matura riflessione, e quando essendosi mantenuta quella volontà per un tempo abbastanza lungo, vi sia fondamento a ritenerla stabile e duratura; altrimenti diverrebbe troppo facile lo scambiare coll'intenzione di fissare definitivamente la propria sede in un determinato luogo, un primo movimento di volontà, un puro capriccio del momento; che poi in fine la necessità di un termine presentava molti vantaggi e nessuno inconveniente.

A queste obbiezioni si rispondeva, che se nel cangiamento di domicilio vi fosse mai frode a danno dei creditori o di altri, basterebbe a neutralizzarne gli effetti il principio generale che la frode vizia qualunque atto; e quindi anche questo del cangiamento di domicilio rimarrebbe in tale ipotesi destituito d'ogni efficacia giuridica; che il richiedere la decorrenza di un termine darebbe luogo a molti e gravi imbarazzi e contestazioni, lasciando incerto fino allo spirare di quel termine l'esercizio dei diritti dipendente dallo stabilimento del domiciiio; che più di tutto sarebbe apertamente contrario alla libertà dell'individuo il non ammettere gli effetti della volontà di lui fuorchè dopo un certo tempo (1).

Queste considerazioni prevalsero nella legislazione francese, e fecero adottare il partito di non imporre termine di sorta, che dovesse decorrere sia dallo stabilimento della

(1) V. Laurent, t. II, n. 79, p. 109-110.

residenza, sia dalla manifestazione della volontà di cangiar domicilio, prima che questo cangiamento potesse considerarsi come legalmente avvenuto. Nè appare ragione alcuna per cui possa ritenersi adottata una massima diversa nella nostra legislazione; la quale ha bensì richiesto, come primo elemento indispensabile per costituire cangiamento di domicilio, il *trasferimento della residenza*, cioè della *dimora abituale*, in un altro luogo, ma non ha prefisso alcun tempo durante cui debba aver continuato la dimora per poterla qualificare *abituale;* dimostrando così di volere intorno a ciò rimettersi intieramente al prudente criterio dei giudici del fatto.

Per altro parrebbe a noi un errore il riguardare come affatto estranea allo stabilimento della residenza la considerazione del tempo. La durata e la continuità della dimora sono indubbiamente elementi di dimostrazione della abitualità di essa; ed anzi non sapremmo comprendere come potesse qualificarsi *abituale* una dimora appena fosse cominciata. Perciò reputiamo esagerata la conclusione, che dal non essere stato prefisso un determinato tempo di dimora ha voluto dedurre uno scrittore nostro; il quale ha affermato " potersi ritenere che lo stesso individuo *abbia* " in *un sol giorno cambiato più domicilii* „ (1). Ciascuno di questi cangiamenti richiederebbe, secondo il testo della legge, un *trasferimento di residenza in altro luogo;* e per convenire nella idea di quello scrittore, bisognerebbe quindi ammettere che si potesse considerare come *abituale* una dimora conservata per una sola parte di un giorno. Nè d'altro lato sarebbe ammissibile che a far ritenere l'abitualità della dimora, per l'effetto del cangiamento di domicilio, bastasse la intenzione provata della persona di fissare in quel determinato luogo la sede principale dei propri affari ed interessi. Con ciò si confonderebbero manifestamente due requisiti, che l'articolo 19 considerò chiaramente come

---

(1) V. Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto*, vol. I, n. 31, p. 38.

distinti l'uno dall'altro, esigendone il concorso; vale a dire *il fatto* della residenza, ossia della dimora abituale, e l'intenzione di fissare in un determinato luogo la sede principale.

Il vero è questo solo: che quando sia provato avere taluno trasferita la residenza, e cioè aver tenuta *dimora abituale* in un luogo diverso dal suo domicilio anteriore, e quando vi si congiunga la intenzione dimostrata di fissare in quello stesso luogo la sede principale degli affari, il cangiamento di domicilio sarà da ritenersi avvenuto fin dal giorno in cui quella dimora abituale cominciò.

In questo senso ammettiamo noi pure che anche nel giorno stesso in cui coll'intenzione di fissare in altro luogo la sede principale de' propri affari ed interessi concorra il fatto di essersi trasferito ad abitare in quel luogo, potrà ritenersi cangiato il domicilio; purchè dalle circostanze, apprezzabili a prudente criterio dei giudici, risulti dimostrato che era veramente *la residenza*, non una semplice dimora momentanea che si era presa in quel luogo.

113. — L'intenzione di stabilire la propria sede principale in un determinato luogo può essere manifestata in modo espresso o tacito.

Il codice stabilisce nel secondo paragrafo dell'articolo 17 la forma necessaria a seguirsi nella dichiarazione espressa, affinchè essa faccia prova legale della intenzione.

" Tale intenzione — dice quell'articolo — si prova colla
" doppia dichiarazione fatta all'uffizio dello stato civile del
" comune che si abbandona, e a quello del comune in
" cui si fissa il domicilio, o con altri fatti che valgano a
" dimostrarla ".

E l'articolo 44, n. 5°, del R. decreto 15 novembre 1865, n. 2602, concernente l'ordinamento dello stato civile, determina poi che tali dichiarazioni si ricevono nei registri di cittadinanza.

Una dichiarazione espressa fatta in tutt'altra forma, non ricevuta dagli uffiziali di stato civile dei due comuni, non

varrebbe a far piena prova della intenzione di cambiare domicilio, e solo potrebb'essere presa in considerazione dai giudici come uno dei fatti, che in mancanza di prova legale di quella intenzione potrebbero tuttavia, giusta il riferito articolo 12, valere nel loro complesso a dimostrarla.

D'altra parte neppur basterebbe la dichiarazione espressa all'uffizio dello stato civile, se non fosse fatta tanto a quello del comune che si abbandona, quanto a quello del comune in cui si fissa il domicilio. Questa duplice dichiarazione è necessaria per far risultare nei competenti uffizi della volontà di abbandonare il domicilio primitivo e di acquistare il nuovo; il che si uniforma al principio fondamentale, già dimostrato, che la legge non ammette nè la pura perdita di un domicilio, nè il puro acquisto d'un domicilio nuovo, ma solo il *cangiamento di domicilio*, il quale suppone contemporaneamente la perdita di quello che si aveva e l'acquisto di un nuovo. Ciò inoltre ha uno scopo importante di utilità pratica pei terzi, al cui interesse principalmente riguardano le regole del domicilio. Infatti col prescrivere quella doppia dichiarazione si è facilitato loro il mezzo di assicurarsi che una determinata persona non abbia cambiato il domicilio, trasferendolo dal luogo in cui prima era ad un altro; poichè basta a tal uopo ch'essi s'informino presso l'uno o l'altro degli uffizi di stato civile dei due comuni, essendo certo che se in amendue non sia stata fatta la dichiarazione, non può avere piena efficacia legale. Se al contrario si fosse ritenuta sufficiente una sola di quelle dichiarazioni, i terzi avrebbero potuto rimanere facilmente ingannati, non trovando registrata negli uffizi del comune, in cui praticassero le loro ricerche, quella dichiarazione che fosse invece stata eseguita nell'altro comune.

Se pertanto taluno facesse all'uffizio di stato civile del comune ove ha domicilio la dichiarazione di volerlo abbandonare, ma in nessun altro comune dichiarasse di volervisi stabilire, quella dichiarazione non potrebbe avere l'effetto determinato dal § 2° dell'art. 17, e il dichiarante conser-

verebbe tuttavia il primiero suo domicilio; salvochè da altri fatti — tra i quali però potrebbero i giudici, nel loro prudente apprezzamento, comprendere anche quello dell'avvenuta dichiarazione, quantunque imperfetta — potesse in complesso risultare dimostrata la intenzione della persona di fissare in quel determinato luogo la sede sua principale, come è previsto nell'ultimo inciso di detto art. 17, § 2°.

Lo stesso avverrebbe se fosse ricevuta all'uffizio dello stato civile di un comune la dichiarazione che taluno facesse di fissarvi il domicilio, senza che fosse stata preceduta dalla corrispondente dichiarazione nel comune che si abbandonasse.

Sarebbe superfluo il dire che la dichiarazione fatta regolarmente ai due uffizi dello stato civile basta di per sè a far piena prova della volontà di cambiare domicilio. Nè poi l'articolo 17 sopra citato, prescrivendo la doppia dichiarazione all'uffizio del comune che si abbandona, ed a quella del comune in cui si fissa il domicilio, esige precisamente e rigorosamente la precedenza di quella dichiarazione a questa. Purchè amendue siano compiute, la disposizione testuale e i motivi sopra indicati della legge sono abbastanza soddisfatti. Solo essendo necessario che colla intenzione concorra il fatto del trasferimento reale della residenza, se questo fatto mancasse, il cangiamento di domicilio non si opererebbe, nonostante la regolare dichiarazione dell'intenzione di effettuarlo; e conseguentemente non sarebbe perduto il domicilio anteriore (1).

114. — Mancando la dichiarazione espressa nelle forme di legge, la intenzione di fissare in altro luogo da quello del domicilio attuale la propria sede principale può essere provata *con altri fatti che valgano a dimostrarla.*

La varietà indefinita di questi fatti rendeva impossibile al legislatore il prevederli tutti; epperò sarebbe stato, più

(1) V. decisione della Corte di cassazione di Firenze, 18 giugno 1874, *Giur. It.*, XXVI, I, 716.

che inutile, improvvido il designarne alcuni, come sarebbe stato estremamente difficile e forse pericoloso, il voler subordinare tutti quei casi tanto tra loro diversi ad alcune regole dettate dal legislatore. Miglior partito era di lasciare ai tribunali, come fece pure il nostro codice, la cura di ricercare ed apprezzare le singole circostanze speciali. Anche la giurisprudenza nostrale presenta già infatti in questa materia un numero considerevole di decisioni importanti; ma dal punto di vista della teoria non gioverebbe il citarle, poichè trattandosi d'interpretazione di volontà, ciascuna risoluzione è necessariamente determinata dalla particolarità delle risultanze di fatto in ogni singolo caso, le quali potendo essere somiglianti, ma difficilmente identiche a quelle di altri, non somministrerebbero norme che potessero essere con sicurezza generalizzate.

Fra le molte e varie circostanze che possono in questo argomento determinare la convinzione dei giudici, la dottrina ne designa però alcune principali, che sono: lo stabilimento della famiglia, l'avere alienati tutti i beni che si avevano nel luogo del precedente domicilio ed acquistatine altri in altro luogo, l'esercizio di un commercio o di un'industria laddove si è trasferita la residenza, l'avervi pagati quei tributi che si debbono nel luogo del proprio domicilio reale, l'avervi prestati servizi pubblici obbligatorii pei domiciliati nel luogo, l'avervi esercitati i diritti elettorali, quando non siasi separato nei casi permessi dalla legge il proprio domicilio politico dal domicilio civile, l'essersi dichiarato in un atto come domiciliato in quel luogo, il non avere declinata la competenza dell'autorità giudiziaria davanti a cui si fosse stato citato in materia personale per ragione di domicilio.

Reputiamo più importante il porre in rilievo alcuni principii direttivi per l'applicazione di quanto è disposto nell'ultimo inciso dell'art. 17 del cod. civ., di cui stiamo occupandoci; l'inosservanza dei quali principii indurrebbe veramente una violazione di legge, che renderebbe perciò censurabili in cassazione le sentenze che non li avessero rispettati.

In qualche autorevolissima decisione trovasi accennata l'idea che i fatti, coi quali, a norma di detto articolo, vogliasi dimostrare la intenzione d'una persona di cangiare domicilio, fissando in altro luogo la sede principale dei propri affari, debbano essere tali da indursene *necessariamente* codesta intenzione; tali, cioè, che sia impossibile dare ad essi una interpretazione la quale non implichi quella volontà (1). Or questo sarebbe, a nostro modo di vedere, un eccesso di rigore non voluto dalla legge. La quale allorchè reputò di dover subordinare la dimostrazione tacita della volontà a fatti che la presupponessero necessariamente, e non potessero ammettere una spiegazione diversa, non mancò di dichiararlo espressamente, come fece, per esempio, coll'art. 934, § ultimo. Qui invece, parlando di *fatti che valgano a dimostrare la intenzione di fissare in un altro luogo la sede principale*, si è riferita evidentemente e semplicemente alla coscienza dei giudici del merito; i quali possono dedurre la loro convinzione dal complesso delle circostanze di fatto, sebbene nessuna di esse sia tale da presupporre *necessariamente* quella intenzione. Anzi, a dir vero, sarebbe difficile immaginarne alcuna che potesse avere tale carattere (2).

Nè mancano altri arresti, nei quali fu seguìto quest'ordine d'idee (3).

Qualche altra decisione lascierebbe trapelare il concetto che non si potesse ritenere trasferito il domicilio in un luogo, se non fosse dimostrata l'intenzione di *rimanervi per sempre* (4). Ma questo pure sarebbe un pensiero che eccederebbe quello del legislatore; il quale nel § 1° dell'art. 17

(1) V. Decisione della Corte di cassazione di Napoli, 17 maggio 1873, *Legge*, XIII, I, 852.

(2) V. Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. II, n. 81, p. 111.

(3) V. Decisione della Corte di cassazione di Firenze, 28 giugno 1880 (*Ann. di Giurispr.*, XIV, I, 310), della Corte d'appello di Torino, 24 maggio 1875 (*Legge*, XIV, I, 702), della Corte d'appello di Genova, 23 novembre 1875 (*Giurispr. Ital.*, XXVIII, 1, 161).

(4) V. Decisione della Corte di cassazione di Torino, 9 dicembre 1879 (*Giurispr.*, Torino, X, 157).

dichiarò produrre cangiamento di domicilio " il trasferi-" mento della residenza in altro luogo *colla intenzione di* " *fissarvi la sede principale* „; ma non parlò *d'intenzione di non ritornar più nel domicilio primitivo*. E veramente si può avere la volontà di trasferire in altro luogo la sede principale dei propri affari ed interessi, e fissarvela effettivamente, pure conservando il proposito di ritornare al domicilio di prima, cessate che siano le circostanze dalle quali il cangiamento di domicilio sia consigliato. Fu detto assai giustamente: " Il principale stabilimento può essere tem-" poraneo; può dunque esserlo parimenti il domicilio „ (1).

Un'altra osservazione importante in questa materia è, che i fatti pel concorso de' quali i giudici possono ritenere provata la intenzione di una persona di fissare la sede principale de' propri affari ed interessi in un determinato luogo, debbono servire a dimostrare ad un tempo così l'abbandono completo dell'antico domicilio, come lo stabilimento del nuovo (2).

Un'ultima osservazione poi riguarda il carattere giuridico di questi fatti considerati come mezzi di prova, i quali non possono avere una tale virtù probante se non come costituenti la base di *presunzioni di fatto;* sicchè riesce applicabile il principio generale stabilito dall'articolo 1354 del codice civile, che il giudice, alla cui prudenza è lasciato l'apprezzamento di tali presunzioni, non possa però ammetterle quando non siano gravi, precise e concordanti.

115. — In generale è libero a qualunque persona, che possa disporre di se stessa, il trasferire da uno ad altro luogo il suo domicilio reale. Parliamo di una persona avente la *capacità di disporre di se stessa;* perchè dipende appunto dalla libertà personale la facoltà di stabilire il proprio do-

---

(1) V. Laurent, t. II, n. 67, 79, e Decisione della Corte di cassazione di Torino, 13 marzo 1882 (*Legge*, XXII, II, 659).

(2) V. la sopra citata decisione 17 maggio 1873, della Corte di cassazione di Napoli.

micilio dove si voglia, nè tale facoltà può confondersi con quelle che riguardano la gestione patrimoniale. Però quando una persona sia colpita d'una incapacità che comprenda tutti gli atti, tanto relativi allo stato della persona medesima, quanto all'amministrazione de' suoi beni, è chiaro che pel primo di questi ordini d'incapacità non può esserle permesso neppure l'esercizio della facoltà di cangiar domicilio. Quindi è che una tale facoltà non può competere a coloro che si trovino in uno stato d'incapacità generale agli atti della vita civile, quali sono i minori non emancipati e gl' interdetti.

Il minore emancipato invece ha veramente una capacità limitata quanto alla gestione patrimoniale, poichè non può fare da sè solo altri atti che quelli non eccedenti la semplice amministrazione de' propri beni (art. 317 cod. civile). Tuttavia in ordine al cangiamento di domicilio la capacità di lui è perfetta, trattandosi di un atto essenzialmente e strettamente personale, che non può essere fuorchè la emanazione libera della volontà individuale, e relativamente al quale perciò non sarebbe ammissibile di sottoporlo alla autorizzazione altrui. Si tratta d'uno di quegli atti dei quali la stessa loro natura vuole che l'esercizio di essi o sia negato assolutamente alla persona, o sia lasciato pienamente libero a lei. Ora, che il minore emancipato non sia costretto a conservare il domicilio che ha, non gli sia negata la facoltà di cambiarlo, risulta anche da quanto dispone il secondo paragrafo dell'articolo 18, che fissa un domicilio di diritto al minore solamente quando egli *non sia emancipato*.

Anche sotto altro aspetto, più generale di quello della incapacità personale, si scorge dover essere negata a certe persone la facoltà di trasferire da uno ad altro luogo la propria sede giuridica. Ogni volta infatti che la legge fissi essa medesima ad una persona un domicilio di diritto, è tolto inevitabilmente a questa persona di poter abbandonare legalmente questo domicilio per trasportare altrove la sede principale dei propri affari ed interessi. Imperocchè,

come abbiam visto, nel domicilio di diritto si prescinde del tutto da ogni riguardo, tanto al fatto della residenza, come all'intenzione della persona, ed è la sola disposizione della legge che, per ragione delle speciali condizioni di fatto e giuridiche in cui la persona stessa si trova, rende obbligatorio per essa l'avere la sua sede legale in un determinato luogo; al quale obbligo sarebbe direttamente contraria, e distruttiva dei fini e degli effetti della disposizione legislativa, la facoltà che alla persona si lasciasse di abbandonare quella sede legale per scegliersene un'altra. Così la donna maritata, sebbene non sia colpita d'una vera incapacità giuridica generale agli atti della vita civile, e solo per ragione dello stato in cui si è posta col matrimonio sia soggetta, per alcuni atti tassativamente determinati dalla legge, alla necessità dell'autorizzazione maritale (art. 134, cod. civ.), pure avendo essa come proprio domicilio di diritto quello del marito finchè non sia legalmente separata (art. 18, codice civile), non può cangiare per propria volontà questo domicilio, scegliendosene uno *reale*.

116. — Dalla massima che niuno può mancare di domicilio, nè averne più d'uno, e che quindi non può verificarsi pura perdita, nè puro acquisto di domicilio, ma solamente un cangiamento di esso, deriva naturalmente che a nessuno sia lecito nè sottrarsi agli effetti legali di un domicilio preesistente, nè invocare quelli di un domicilio nuovamente acquistato, se non risultino verificati completamente gli estremi di un cangiamento di domicilio.

Il carico poi di fornire in giudizio la prova di questi estremi spetta necessariamente a colui che fonda le proprie allegazioni, domande o difese, sul fatto addotto della perdita di un tale anterior domicilio o dell'acquisto di un tale domicilio nuovo.

E la prova dev'essere piena, tale cioè da somministrare con sicurezza la dimostrazione del concorso di tutti gli elementi necessari a costituire il cangiamento di domicilio.

Ogni dubbio, ogni incertezza che rimanesse, dovrebbe risolversi nel senso di ritenere conservato il domicilio che la persona aveva anteriormente (1).

117. — Spiegando l'articolo 16 del codice avemmo occasione di accennare ad un dubbio, la cui risoluzione rinviammo a questo luogo, come più opportuno; perchè quel dubbio riguarda veramente il cangiamento di fatto del domicilio. Il quesito è in sostanza il seguente: se gli effetti civili attribuiti dalla legge al domicilio siano limitati a solo beneficio dei cittadini, e per la sede giuridica ch'essi abbiano stabilita e debbano avere nel territorio nazionale; epperò si suddivide in due particolari questioni, cioè se uno straniero possa prendere domicilio, con effetti civili, nel regno, e se un cittadino possa cangiare domicilio, abbandonando quello che aveva nel regno, e stabilendolo invece all'estero.

Fin da quando anticipammo qualche cenno intorno a tali questioni, segnalammo la differenza che si riscontra nella formola testuale dell'art. 16 del nostro codice in confronto dei corrispondenti articoli 102 del codice Napoleone, 107 del codice per le Due Sicilie, 66 del codice Albertino, 34 del codice Estense; i quali tutti parlavano di *italiani*, di *nazionali*, di *sudditi*, di *cittadini*, mentre il codice attuale parla in genere di *persone*, senza distinguere se *cittadine* o *straniere;* il che costituisce già un importante argomento, per la risoluzione almeno del primo degli accennati quesiti (2). Ora però sciogliamo la riserva fatta, dando qualche maggiore sviluppo ad amendue le questioni.

In diritto francese era disputabile se uno straniero potesse prendere in Francia un vero domicilio. E alle varie opinioni che si manifestarono su questo argomento formava

---

(1) V. Decisione della Corte di cassazione di Napoli, 10 dicembre 1868 (*Legge*, IX, 1, 284), e della Corte di cassazione di Torino, 29 dicembre 1870 (*Ann. di Giurispr.*, V, 1, 375).
(2) V. sopra, n. 95, p. 288.

base la disposizione dell'art. 13 del codice francese, che concedeva agli stranieri residenti in Francia il godimento dei diritti civili, solamente quando fossero stati ammessi, per autorizzazione del Governo, a *stabilirvi il loro domicilio;* salvo però il caso contemplato dall'articolo 11, in virtù del quale lo straniero era ammesso al godimento dei medesimi diritti civili che fossero accordati ai francesi pei trattati della nazione alla quale lo straniero appartenesse.

Questa controversia avea fatto nascere tre sistemi: il primo de' quali sosteneva che lo straniero non potesse mai avere in Francia un vero domicilio, ma solo una semplice residenza (1); il secondo professava al contrario che lo straniero potesse sempre aver domicilio in Francia, sebbene non ne avesse ottenuta l'autorizzazione governativa (2); il terzo insegnava che lo straniero potesse avere un vero domicilio in Francia, quando però avesse riportata l'autorizzazione del Governo a stabilirvisi, o fosse nel caso di potere invocare la reciprocanza per trattati al fine di godere in Francia dei diritti civili (3).

Secondo la nostra legislazione non sembra però potersi porre in dubbio che anche uno straniero abbia libera facoltà di stabilire nel regno un vero domicilio. Innanzi tutto non manca certamente d'importanza l'argomento già accennato, risultante dal testo dell'art. 16 del nostro codice, il quale definendo il domicilio non parla dei soli italiani, come l'articolo 102 del codice francese parlava soltanto dei *francesi*, ma stabilisce quale sia il luogo in cui debbasi ritenere stabilito il domicilio di *una persona* in genere, senza distinguere se cittadina o straniera. Inoltre l'articolo 3 del nostro codice parifica completamente gli stranieri ai cittadini quanto al godimento di tutti i diritti civili; nè quindi saprebbesi come negare allo straniero il diritto spettante ad

---

(1) V. Proudhon, *Tr. sur l'état des personnes*, chap. XIX, sect. I, n. 3; Aubry e Rau, t. I, § 141, n[a] 5; Laurent, t. II, n. 68.

(2) V. Valette sur Proudhon, l. c., n[e] (*a*).

(3) V. Duranton, t. I, n. 353; Demolombe, t. I, n. 268.

ogni cittadino di trasferire il proprio domicilio civile in un luogo qualunque del regno. E se era professata in diritto francese, ed appoggiata a valide ragioni l'opinione che uno straniero potesse prendere un vero domicilio in Francia quando avesse ottenuto l'autorizzazione del Governo a stabilirvisi, a maggior ragione è da ritenere presso noi che sempre possa prendere domicilio nel regno italiano lo straniero, il quale senza bisogno di alcuna concessione governativa vi gode di tutti i diritti civili attribuiti ai cittadini. Da ultimo a piena ed evidente conferma di questa massima, sta la disposizione dell'articolo 8 del nostro codice, che reputa cittadino il figlio nato nel regno da *straniero che vi abbia fissato il suo domicilio* da dieci anni non interrotti.

118. — Si è disputato altresì se un cittadino possa trasportare il domicilio all'estero per modo da non conservare più domicilio alcuno nel proprio paese.

Per la decisione affermativa di tale questione stanno le seguenti considerazioni; che il codice definendo il domicilio dice ch'esso è *nel luogo* in cui la persona ha la sede principale dei propri affari ed interessi, senza distinguere se questo luogo sia nel regno od all'estero; che parimente trattando del cambiamento di domicilio, parla in genere del trasferimento della residenza *in un altro luogo;* che può verificarsi in fatto che un cittadino abbia all'estero un considerevole stabilimento, il quale costituisca veramente la sede principale degli affari suoi, e sarebbe allora andare contro la verità delle cose il ritenerlo come domiciliato tuttora nel regno; che infine questa massima sarebbe indirettamente confermata da una disposizione del codice di procedura civile, il quale dopo avere nell'art. 141 determinato il modo in cui debbasi citare chi non ha domicilio, residenza o dimora conosciuta, stabilisce poi nel successivo art. 142 che nello stesso modo debba essere citato anche chi *non abbia residenza, domicilio o dimora nel regno*, e che la copia dell'atto di citazione debba essere trasmessa dal

ministero pubblico al ministro degli affari esteri; il che suppone che anche un cittadino possa avere il suo domicilio all'estero (1).

A questi gravissimi argomenti non sembrano rispondere abbastanza le obbiezioni, colle quali un illustre autore si è fatto a sostenere che quantunque un cittadino possa di fatto non avere nel proprio paese la sede principale de' propri affari, ed averla invece all'estero, pure in diritto non sia da considerare come esistente all'estero un *vero domicilio*, epperò sia necessità riguardarlo come mantenuto in patria (2).

Osserva questo autore che lo stabilimento d'un cittadino in paese straniero non presenta quel carattere di durata e stabilità che è proprio del domicilio, perchè deve reputarsi ch'egli conservi la intenzione di ritornare nel proprio paese. Ma se è vero che la stabilità è carattere distintivo del domicilio, non si può però intenderla in un senso così rigoroso da escludere assolutamente ogni pensiero di ritornare in un tempo più o meno lontano al domicilio primitivo. Se taluno trasporta attualmente la sede principale de' propri affari in un dato luogo in cui prende residenza, egli vi costituisce un vero domicilio, quantunque possa avere o manifesti anche, se vuolsi, l'intendimento di abbandonar di nuovo più tardi quel domicilio per riprendere l'antico, quando, per esempio, dismetta quello stabilimento commerciale, industriale od altro, pel quale appunto s' è indotto a mutar domicilio.

Soggiunge il Demolombe che un domicilio in paese estero debbasi considerare, a fronte della legge a cui è soggetto il cittadino, come non esistente, perchè esso non può sotto verun aspetto sostituirsi al domicilio nel paese a cui il cittadino stesso appartiene. Ma non riesce facile lo scorgere quale base giuridica possa avere una tale afferma-

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 141, nª 4; Laurent, t. II, n. 67.
(2) V. Demolombe, t. I, n. 349.

zione; se si considera che la finzione, la creazione legale del domicilio ha per fondamento il fatto dello stabilimento principale della persona e de' suoi affari ed interessi in un dato luogo; nè saprebbesi come e perchè la legge dovesse abbandonare questo fondamento naturale della sua disposizione, e porre la finzione sua in aperta ed assoluta contraddizione colla realtà delle cose, ritenendo in diritto il cittadino come domiciliato sempre nello stato, quando ha veramente e indubbiamente costituita la sua residenza e la sede principale de' suoi affari ed interessi in paese straniero.

Così nulla appare che osti, nè nella legge positiva, nè nei principii generali di diritto, a ritenere che un cittadino possa cangiare il proprio domicilio trasferendolo all'estero; e questa massima apparisce presupposta, se anche non è dichiarata espressamente, in alcune decisioni delle nostre Corti (1).

CAPO II.

Del domicilio civile speciale.

---

(1) V. decisioni della Corte d'app. di Torino (24 maggio 1875, *Legge*, XIV, t. 302); della Corte d'app. di Bologna, 16 dicembre 1872 (*Annali di Giurisprudenza*, VII, 2, 116); della Corte d'app. di Milano, 24 marzo 1882 (*Monitore dei Trib.*, XXIII, 484).

119. — Oltre all'unico domicilio generale, che ogni persona deve necessariamente avere, le è data facoltà di scegliersi in ciascuna circostanza particolare, di affari che essa conchiuda o di atti che compia, un domicilio fittizio e convenzionale, in cui la persona stessa si reputi essere per tutto ciò che riguardi a quel determinato affare od atto. Da ciò appare facilmente la ragione per cui un tale domicilio si contraddistingue colla denominazione di *speciale* od *elettivo*.

Non meno agevole è il riconoscere lo scopo pel quale si concede questa facoltà di elezione, scopo che consiste tutto nel facilitare le transazioni sociali; poichè esse potrebbero incontrare un grave ostacolo nella necessità, in cui si trovasse chi contratta con persona avente il suo domicilio generale in luogo lontano e soggetto a diversa giurisdizione, di dover ricercare l'esecuzione forzata dell'atto in quel luogo, notificarvi la citazione, proporre davanti l'autorità giudiziale del luogo stesso le proprie azioni, ecc.

Questo sistema del domicilio di elezione fu fatto segno a gravi obbiezioni, le quali si riducono principalmente alle seguenti: il pericolo che vi è nel sostituire la notificazione di un atto nel domicilio di elezione, a quella che dovrebbe farsi alla parte personalmente od alla residenza od al domicilio generale di essa, potendo avvenire che per cangiamento di domicilio da parte della persona presso cui fu eletto o dell'eleggente, per morte di quella o di questo, o per altre cagioni, la notificazione fatta rimanga ignota alla parte interessata; il pericolo a cui possono essere esposti gl'interessi di terze persone, le quali ignorino le condanne, che colui col quale contrattano possa avere subìto in luoghi diversi dal suo domicilio generale; la facilità che quindi si offre ad illecite speculazioni ed a frodi; il danno che ne deriva inevitabilmente al credito. Le risposte però, che a queste argomentazioni si contrappongono naturalmente, erano abbastanza decisive per determinare, come avvenne, i compilatori del nostro codice a seguire la via tracciata

dal codice francese e da parecchie fra le legislazioni italiane, ed ammettere senza difficoltà e senza discussione il domicilio elettivo.

Innanzi tutto bisognava non discostarsi dal principio fondamentale, che le parti possono liberamente convenire su tutto ciò che non sia contrario all'ordine pubblico; nè vi è ragione per considerare come contraria ad esso la convenzione per la quale taluno, per tutti gli effetti legali, relativamente ad un determinato affare od atto, sostituisca al proprio domicilio reale un luogo ch'egli si elegga a domicilio fittizio e speciale.

Se qualche inconveniente può verificarsi per l'eleggente, la legge non deve preoccuparsene; poichè l'esporvisi dipende dalla libera volontà della persona, alla quale spetta il provvedere colla propria attenzione e diligenza onde evitarlo.

All'interesse dei terzi è provveduto abbastanza col sistema di pubblicità delle ipoteche.

Nell'ordine generale poi giova, anzichè nuocere, l'ammissione del domicilio elettivo; poichè vale a ravvicinare gl'interessi, e in qualche modo i contraenti medesimi, a rendere più pronte e meno dispendiose le procedure, a favorire quindi il credito, che potrà per questi mezzi essere accordato in molti casi nei quali altrimenti sarebbe forse rifiutato (1).

120. — Dalle cose finora esposte è facile rilevare quali siano le differenze caratteristiche tra il *domicilio generale* e il *domicilio speciale*. Questa stessa diversità di denominazione avverte già che la prima di tali differenze consiste in ciò, che mentre il *domicilio generale* riguarda in genere l'esercizio di tutti i diritti civili concernenti la persona, l'altro invece limita i suoi effetti legali a quell'affare od atto particolare pel quale la elezione fu fatta.

---

(1) V. Astengo ed altri, *Codice civile confrontato*, ecc., art. 19, § II, vol. I, pag. 243-247.

Inoltre il domicilio generale di una persona può, come abbiam visto, essere determinato e cangiato per virtù immediata, e diretta della disposizione della legge, indipendentemente dal fatto e dalla volontà della persona, sebbene da lei sola dipenda generalmente il cambiare domicilio allorchè sia giunta allo stato di capacità. — All'opposto il domicilio speciale, permesso com'è dalla legge, non si attua però mai fuorchè per volontà della persona, dipendentemente da convenzione o disposizione di lei. — Vi sono veramente non pochi casi in cui la legge medesima impone l'obbligazione di eleggere un domicilio. Ce ne porge esempi lo stesso codice civile (articoli 88, 1987 n° 2, 2044, 2060 § 2°) ed altri ne troviamo nel codice di procedura civile (art. 134 n° 5, 393, 412, 415, 563 n° 2, 611 n° 4, 646, 647, 665 n° 5) ed in altre parti ancora della nostra legislazione. Ma se la legge in tali casi non lascia facoltativo l'avere o non avere un domicilio speciale, ma rende obbligatorio l'eleggerlo, per un determinato affare od atto o procedimento, nel territorio di un dato comune, o soggetto alla giurisdizione di un certo tribunale, è però vero sempre che la determinazione di quel domicilio elettivo è lasciata tuttavia alla libera volontà della parte, alla quale non è prefisso colla disposizione della legge il luogo preciso del domicilio speciale, ma solo l'obbligo di eleggerlo e il territorio entro i limiti del quale la scelta del luogo devesi fare.

Intorno al domicilio generale abbiam visto essere principio fondamentale che nessuno possa mai mancarne, nè averne più di uno. Al contrario si può non avere alcun domicilio elettivo, come invece si può averne molti e diversi, contemporaneamente al domicilio generale.

Il domicilio generale può cangiarsi a volontà della persona, quando questa sia in istato di capacità. Ma l'elezione di domicilio racchiude una convenzione, in forza della quale una delle parti si sottomette in favore dell'altra alla giurisdizione del tribunale del luogo ove stabilisce questo domicilio speciale e fittizio, e designa una persona od un ufficio

a cui potranno farsi efficacemente tutte le notificazioni relative all'atto o contratto per cui fa la elezione. Ora, appunto in forza di questo carattere convenzionale, il domicilio eletto non può generalmente rimanere nella libera disposizione di una sola delle parti contraenti; la quale pertanto non potrebbe senza il consenso dell'altra apportare alla fatta elezione verun mutamento, ad impedire il quale l'altro contraente avesse interesse. Basti qui questo cenno, al quale faremo seguire più largo sviluppo dimostrando gli effetti della elezione di domicilio.

Dallo stesso principio che il domicilio elettivo non è che il portato di un contratto, deriva da ultimo un'altra differenza in confronto del domicilio generale; che cioè, mentre questo si estingue necessariamente insieme alla vita della persona, l'altro invece le sopravvive e produce i suoi effetti anche a fronte degli eredi di chi ha fatta l'elezione.

121. — L'elezione di domicilio è una convenzione o disposizione accessoria al contratto od all'atto pel quale essa si fa. Qualche autore la qualificò anzi come una semplice *clausola della convenzione* (1); e ciò è vero quando sia nella convenzione stessa che si stipuli la determinazione di un domicilio elettivo per tutto ciò che possa riguardare la esecuzione del contratto. Ma quand' anche il domicilio venga eletto per atto separato, posteriormente alla stipulazione del contratto — come vedremo potersi fare — i rapporti giuridici che la parte stabilisce con tale atto, non essendo che relativi al contratto od all'atto principale, ed essendo attinenti esclusivamente ad esso, come mezzi al fine, non si può disconoscere alla elezione medesima il carattere di convenzione od atto *accessorio*. L'elezione di domicilio non è infatti concepibile, se non sussistendo la convenzione o l'atto per la cui esecuzione è stabilita: la sorte di quella è subordinata alla sorte del contratto o del-

(1) V. Demolombe, t. I, n. 373-375.

l'atto principale; e l'estinzione o l'annullamento di questo colpirebbe del pari necessariamente l'elezione di domicilio, che verrebbe con ciò a mancare di scopo. Da questo carattere meramente accessorio deriva quindi naturalmente che la capacità personale per l'atto di elezione di domicilio debba intendersi regolata da quelle medesime norme che valgono per la capacità della persona al contratto od all'atto principale; e chi sia capace per questo contratto od atto, possa pur sempre eleggere per esso un domicilio speciale, e all'opposto chi sia incapace per l'atto o contratto medesimo non possa riputarsi aver fatta validamente quella elezione di domicilio, sebbene abbia capacità per altri atti della vita civile.

In diritto francese proponevasi come discutibile il quesito, se la facoltà di eleggersi un domicilio in Francia fosse da reputarsi spettante anche agli stranieri, ma veniva risolto affermativamente (1); nè poteva essere altrimenti, appunto perchè non essendo negabile agli stranieri la facoltà di contrattare in Francia, non era neppure da disconoscersi quella di stipulare, accessoriamente a tali contrattazioni, la elezione di un domicilio. Forse, secondo quella legislazione, la quale non ammetteva gli stranieri al godimento dei diritti civili fuorchè sotto certe condizioni, una ragione di dubbio potevasi trarre dalla considerazione, che la facoltà di stabilirsi un domicilio elettivo è una di quelle le quali derivano unicamente da una disposizione del diritto positivo nazionale. Ma anche questo motivo di dubitare è tolto dal codice nostro, che ammette lo straniero " a godere degli " stessi diritti civili attribuiti ai cittadini „ (art. 3, codice civile).

Il codice Napoleone indicava il caso della elezione di domicilio colle seguenti parole: " Allorquando le parti, o " una di esse, *in un atto*, e per l'esecuzione del medesimo, " avranno eletto il domicilio *in un luogo diverso da quello*

---

(1) V. Zachariæ, t. I, § 146, n[a] 1; Aubry e Rau, t. I, § 146, n[a] 1.

“ *del loro domicilio reale* . . . . . „ Lo stesso era ripetuto nei codici delle Due Sicilie (art. 116) ed Albertino (art. 25).

Questa forma di espressione faceva nascere alcuni dubbi. In primo luogo, parlandosi della elezione di domicilio *nell'atto*, per la esecuzione del quale venisse fatta, si doveva intendere essersi voluto imprescindibilmente dal legislatore che *nell'atto medesimo* fosse dichiarata quella elezione? Tale sarebbe stato veramente il significato letterale della disposizione. Si aggiungeva a ciò, che nella discussione di quel codice gli oratori del governo avevano espressamente dichiarato *esigersi dalla legge che l'elezione di domicilio sia fatta nell'atto medesimo a cui essa si riferisce.* Con tutto ciò dottrina e giurisprudenza erano concordi nel ritenere che la elezione di domicilio potesse anche farsi con atto separato, posteriormente alla convenzione cui riguardava. Non è forse libero sempre alle parti contraenti di aggiungere d'accordo una clausola qualsiasi alla loro convenzione? E qual motivo vi sarebbe per vietar ciò relativamente alla elezione di domicilio? È una convenzione nuova, che si aggiunge per consenso delle parti all'anteriore. La legge ha previsto nel testo il caso più comune a verificarsi, che stipulando un contratto vi s'inserisca la clausola di elezione di domicilio; ma non ha certamente voluto farne una condizione di validità (1). Tutto questo è evidente. Il nostro legislatore ha tolto anche il pretesto alla questione, non parlando più di elezione di domicilio *fatta in un atto per l'esecuzione di esso*, ma adoperando la formola più generica: “ Si può eleggere domicilio speciale per certi affari od atti „ (art. 19, cod. civ.).

In secondo luogo, nel riferito articolo del codice Napoleone supponendosi “ eletto il domicilio *in un luogo diverso* “ *da quello del domicilio reale* „ poteva sorgere l'idea che che si fosse inteso di escludere la elezione nel luogo stesso

(1) V. Zachariæ, t. I, § 146, n[a] 3; Aubry e Rau, t. I, § 146, n[a] 2; Demolombe, t. I, n. 373; Laurent, t. II, n. 107.

del domicilio reale. Nondimeno, anche intorno a ciò, l'opinione generale degl'interpreti era contraria a quello che sarebbe stato veramente il senso letterale della disposizione della legge; ed attenendosi allo spirito di essa, ed alla presumibile intenzione del legislatore, riteneva invece che fosse in facoltà della parte l'eleggere domicilio per l'esecuzione di un atto, tanto nel luogo del proprio domicilio reale, quanto in un luogo diverso. Quest'ultimo è il caso più frequente a verificarsi, e perciò fu il solo espressamente preveduto dal legislatore francese. Ma la scelta d'un domicilio elettivo dipende unicamente dall' interesse delle parti. E se esse reputano conveniente di stabilirlo nel luogo stesso del loro domicilio reale, perchè dovrebbe esser loro vietato? La legge nostra non lo proibisce, quantunque non lo preveda. Nè si dica che non possa esservi alcun motivo d'interesse per eleggere un domicilio fittizio dove lo si ha già realmente. L'interesse non manca, e consiste nel render più facile la esecuzione del contratto o dell'atto, assicurando, mediante l'elezione, la stabilità del domicilio. Il domicilio reale è mutabile, e cessa necessariamente colla morte della persona. Invece, se viene consacrato coll'elezione, conserva i suoi effetti anche per gli eredi dell'eleggente, nè può essere cangiato, se non per accordo della volontà delle parti, nonostante il mutamento, che realmente avvenga, del domicilio generale (1). Affinchè ciò si verifichi, è però indispensabile una formale elezione di domicilio nel luogo in cui si ha realmente; nè potrebbesi riguardare come equivalente la semplice enunciazione del domicilio reale (2).

L'elezione di domicilio può farsi in più modi: o indicando solamente un comune od una casa situata in un determinato luogo, od un ufficio, o designando, sia nominata-

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Domicile élu*, § II, n. 7; Dalloz, *Rép.*, v° *Domicile élu*, n. 51, 52; Zachariæ, t. I, § 146, n^a 4; Aubry e Rau, t. I, § 146, n^a 6; Laurent, t. II, n. 108.

(2) Veggasi la decisione della Corte di cassazione di Roma, 25 marzo 1880 (*Legge*, XX, I, 455).

mente, sia per ragione di date funzioni, una persona abitante in un certo luogo. Vedremo appresso quale influenza possa avere per gli effetti o per la cessazione della elezione l'essere essa stata fatta nell'uno piuttostochè nell'altro degli anzidetti modi.

122. — Nel secondo paragrafo dell'art. 19 del nostro codice è regolata con una disposizione speciale la forma da osservarsi per l'ezione di domicilio, sia poi ch'essa avvenga contestualmente alla convenzione, od all'atto per cui si fa, o che avvenga per atto separato.

" Questa elezione — ivi è detto — deve risultare da " prova scritta ".

A ben comprendere gl'intendimenti e le conseguenze di tale disposizione, non sarà forse inutile riferire in breve i precedenti storici, e le discussioni che la prepararono.

Il codice Napoleone (art. 111) e quello pel regno delle Due Sicilie (art. 116), parlando della elezione di domicilio, la supponevano fatta *in un atto e per l'esecuzione di esso*, ma nulla aggiungevano di più. Il codice Albertino (art. 75) supponeva invece la elezione di domicilio fatta " *in un atto* " *pubblico* e per la esecuzione del medesimo ". I codici civili di Parma e di Modena non contenevano alcuna disposizione che concernesse il domicilio elettivo. Ma i rispettivi codici di procedura civile ne trattavano nei titoli della competenza dei giudici e delle citazioni; e contemplavano il *domicilio eletto per la esecuzione di un atto*, senza prescrivere nessuna forma speciale in cui l'elezione dovesse farsi.

Nel progetto *Cassinis* pel codice del regno era scritta, all'art. 62, la seguente disposizione:

" L'elezione di domicilio speciale per l'adempimento di " un'obbligazione *non è efficace, se non è espressamente con-* " *sentita per atto pubblico o per scrittura privata* ".

Nel progetto *Miglietti* si semplificò la disposizione così:

" Si può eleggere domicilio speciale per certi affari od " atti. *Quest'elezione dev'essere fatta per iscritto* ".

In identici termini fu riprodotta nell'art. 20 del progetto *Pisanelli*. Ma la Commissione del Senato " a rendere più " precisa questa disposizione, la modificò dicendo, che la " elezione dovesse farsi *con atto autentico o con privata scrit-* " *tura*, lo che esclude che si possa fare con qualunque " altro scritto, quale sarebbe, a modo d'esempio, una let- " tera „ (1).

Alla Commissione coordinatrice uno dei commissari (*Precerutti*) fece l'osservazione " che dal tenore dell'articolo " e dalle spiegazioni che si leggono nella relazione sena- " toria appare come dicendo che il domicilio si può eleg- " gere per atto pubblico o per scrittura privata la Com- " missione del Senato ha inteso escludere che possa anche " eleggersi per una lettera.

" Il proponente non trova giustificata questa esclusione, " e crede anzi che possa essere dannosa quando si tratti " massime di affari commerciali; propone in conseguenza " che ritornando al testo del progetto *Pisanelli* si dica sem- " plicemente — *per iscritto*.

" Un altro commissario (*Pisanelli*) appoggia questa pro- " posta, modificandola però con suggerire che, senza par- " lare d'atto pubblico, nè di scrittura privata, si dica che " l'elezione di domicilio deve risultare per prova scritta, e " con tale modificazione viene la proposta Precerutti accet- " tata con voti 9 contro 4 „ (2).

Da questa discussione risulta dunque essersi inteso che non sia ammissibile la prova d'una convenzione verbale per elezione di domicilio; che però, purchè la prova ne risulti da una scrittura, sia indifferente la forma di questa, e possa bastare anche una semplice lettera missiva.

L'espressione della legge lascia tuttavia luogo ad un dubbio. La scrittura è richiesta in questo caso come semplice *condizione di prova?* Od è voluta *ad essenza* della ele-

---

(1) V. *Relazione* VIGLIANI, p. 18.
(2) V. *Proc. verb.*, n. 5, pag. 57.

zione di domicilio, la quale perciò, in mancanza d'un atto scritto, non possa produrre alcun effetto, e sia da riguardarsi come non avvenuta? La differenza tra le due ipotesi è importantissima; poichè nella prima sarebbero bensì interdetti gli altri mezzi di prova, eccettuati però quelli della confessione della parte e del giuramento; mentre se la scrittura è essenziale, la parte può confessare l'esistenza di una convenzione verbale di elezione di domicilio, e nondimeno difendersi allegando che quella convenzione *non può avere alcun effetto* per la mancanza d'un requisito estrinseco essenziale, nè il giuramento può essere deferito, a norma di quanto è disposto nel § 2° dell'art. 1364.

Non può negarsi che i termini della disposizione farebbero propendere alla prima anzichè alla seconda soluzione; giacchè non è detto che l'*elezione debba farsi in iscritto, altrimenti non possa avere alcun effetto*, ma è detto invece che *deve risultare da prova scritta;* la quale ultima espressione è la più propria per indicare una *semplice condizione di prova*. Ma la storia, che abbiamo riferita, di questa formola, che finì per essere adottata nel nostro codice, sembra che basti a dimostrare essere stata diversa la intenzione del legislatore, ed aver esso veramente voluto imporre lo scritto come condizione essenziale, senza cui l'elezione di domicilio dovesse riguardarsi come *inesistente*. Il codice Albertino, che fu assunto come base nella compilazione dell'attuale codice del regno, faceva della elezione di domicilio un *atto solenne*, prescrivendo che non potesse avvenire se non per *atto pubblico*, nè era a dubitarsi che fatta in tutt'altra forma quella elezione *non poteva aveve alcun valore*. Il progetto *Cassinis* dichiarava in termini assai precisi che l'elezione di domicilio *non sarebbe stata efficace* qualora non fosse consentita per atto pubblico o per scrittura privata. Nei progetti *Miglietti* e *Pisanelli* si volle semplificare la formola della disposizione, dicendo che l'elezione dovesse essere fatta *per iscritto;* ma nulla accennava all'intenzione di decampare dal rigore di richiedere la scrittura come essen-

ziale. Il progetto concordato dalla Commissione del Senato rimutò l'espressione, richiedendo, come il progetto Cassinis, *un atto autentico od una scrittura privata* " *al fine di escludere* " *che l'elezione di domicilio potesse farsi con qualunque altro* " *scritto* " e specialmente con una semplice lettera; e quantunque non ripetesse l'energica formola del progetto *Cassinis*, che, in mancanza dell'atto pubblico o della scrittura privata, l'elezione di domicilio *non fosse efficace*, esprimeva nella relazione chiarissimamente il proposito di mantenere questo principio, poichè dichiarava di aver voluto *escludere che l'elezione potesse farsi in qualunque altro modo*. La Commissione coordinatrice modificò di nuovo la formola, ma nel solo intento di ammettere che l'elezione potesse farsi anche *mediante una lettera*, senza accennare menomamente al cangiamento più sostanziale di trasmutare da *condizione di essenza* in semplice *condizione di prova* quella dello scritto, che statuiva essere indispensabile.

Non si può dunque negare che in questi precedenti trovi un potente appoggio l'idea che nella elezione di domicilio *lo scritto sia da riguardarsi come essenziale*, talchè la convenzione verbale, che se ne faccia, debba ritenersi come *inesistente*.

Nè mancano motivi pei quali questa massima possa essere giustificata anche razionalmente. Coll'eleggere domicilio per l'esecuzione di un atto, la parte fa cosa di gravissima importanza; si pone in una condizione eccezionale, poichè appunto colla elezione deroga alle regole generali relative al domicilio; rinuncia al diritto di non poter essere tratta che davanti ai proprii giudici naturali, attribuendo giurisdizione ai tribunali del luogo in cui elegge domicilio, per tutto ciò che riguardi l'esecuzione dell'atto pel quale lo stabilisce; acconsente a conferire all'altra parte la facoltà di fare al domicilio eletto tutte le notificazioni concernenti l'esecuzione dell'atto a cui la elezione si riferisce. È da meravigliarsi, dopo ciò, che siasi imposto di ridurre in iscritto l'atto di elezione di domi-

cilio, non tanto per averne una prova più certa, quanto per assicurarsi che la parte non acconsenta troppo leggermente, e senza apprezzarne tutte le conseguenze, ad un patto di così grande rilevanza?

Fu per queste considerazioni appunto che una delle nostre Corti supreme statuì la massima che la scrittura debba considerarsi *di essenza* dell'atto di elezione di domicilio, e conseguentemente negò l'ammissibilità di un interrogatorio dedotto per stabilire l'esistenza d'una tale elezione in un contratto, di cui l'attore non produceva la scrittura; quantunque si trattasse di provare, non già una convenzione verbale, ma l'esistenza di un contratto per iscritto contenente l'elezione di domicilio. La Corte disse:

" Attesochè il legislatore, mentre nell'articolo 19 del " codice civile permise che uno possa eleggere per certi " determinati affari od atti domicilio speciale, vide quale " importanza può avere il patto con cui le parti abbandonano la giurisdizione ordinaria per crearne una elettiva, si sottraggono ai giudici, a cui sarebbero soggetti " per ragione del loro domicilio, per sottoporsi a quelli " del luogo da essi eletto a domicilio speciale; vide le " gravi conseguenze che possono da tale patto derivare, " epperciò stabilì, nel primo comma di detto articolo, che " l'elezione di domicilio deve risultare da prova scritta, " perchè l'obbligo di dover ridurre in iscritto il patto di " elezione di domicilio impedisce che le parti vi si accostino forse troppo avventatamente, e le chiama di necessità a riflettere sulla gravità di quella stipulazione „ (1).

Se però la scrittura è per disposizione della legge essenziale per la efficacia della elezione di domicilio, non sono poi da ritenersi specificamente necessarie anche per essa quelle particolari formalità, il cui adempimento sia richiesto

---

(1) Decisione della Corte di cassazione di Torino, 24 ottobre 1870 (*Giurisprudenza Ital.*, XXII, I, 830).

nella scrittura medesima, acciocchè faccia piena prova dell'obbligazione contratta coll'atto pel quale il domicilio fu eletto. La mancanza di queste formalità sarà opponibile avverso la domanda dell'attore per far dichiarare pienamente provata l'obbligazione assunta dal convenuto nella scrittura difettosa; ma non impedirà gli effetti dell'elezione di domicilio, quanto alla validità delle notificazioni ivi eseguite a norma dell'art. 140 del codice di procedura civile, e quanto alla determinazione della competenza secondo l'art. 95 del medesimo codice.

Così l'art. 1325 del codice civile prescrive che " la po-
" lizza o promessa per iscrittura privata, colla quale una
" sola delle parti si obbliga verso l'altra a pagarle una
" somma di denaro o a darle altra cosa valutata in quan-
" tità, debba essere scritta per intero di mano di chi la
" sottoscrive, o per lo meno sia necessario che questi alla
" sua sottoscrizione aggiunga di propria mano un *buono*
" od *approvato*, indicante in lettere per disteso la somma
" o la quantità della cosa „.

È questa una formalità protezionale, diretta a prevenire le sorprese e le frodi, che potrebbero commettersi abusando d'una firma rilasciata in bianco, alterando le cifre indicanti le somme che il debitore si obbliga a pagare, facendogli sottoscrivere una scrittura da lui non letta, o lettagli alterandone il contenuto. È solo per la determinazione della somma o quantità della cosa, formante oggetto di obbligazione unilaterale, che si esige l'apposizione del *buono* od *approvato* scritto di mano di colui che si obbliga, ed indicante in lettere per disteso la somma o quantità predetta; mentre per tutto il resto, che si contenga nella scrittura, vale la regola comune, che basti la sottoscrizione della parte. La mancanza poi di quella formalità rende bensì nulla la polizza, nel senso che essa non possa di per sè formare piena prova dell'obbligazione enunciatavi, che il giudice non sia autorizzato a pronunciare sul solo fondamento di quella prova la con-

danna del debitore; ma non influisce sulla validità dell'obbligazione, la quale può essere provata con altri mezzi.

Ora, in un caso di obbligazione unilaterale per somma di danaro, contratta mediante una scrittura a cui era apposto il buono od approvato per la somma, a norma dell'articolo 1325, ma senzachè fosse ripetuta di mano del debitore l'elezione di domicilio contenuta nel corpo della scrittura stesa da altri, si sollevò la questione se tale elezione fosse da ritenersi valida. Fu deciso per la validità, nè poteva farsi diversamente. Era troppo chiaro che in quella scrittura trovandosi, oltre alla sottoscrizione del debitore, l'indicazione da lui fatta di propria mano, in lettere per disteso, della somma per cui si obbligava, era completamente adempita la disposizione dell'art. 1325; epperciò quella scrittura doveva fare piena prova di tutto il suo contenuto, cioè non solo dell'ammontare dell'obbligazione, ma di tutti i patti formanti parte della convenzione, che il debitore aveva affermati colla propria sottoscrizione, e quindi anche della elezione di domicilio. La legge ha richiesto per tale elezione la *prova scritta*, ma non ha poi assoggettata questa ad alcuna norma che faccia eccezione alle comuni riguardanti codesta specie di prova; anzi ha inteso di largheggiare maggiormente, ammettendo come mezzo sufficiente di piena prova *qualsiasi scritto*, ancorchè non sia una *scrittura privata* nel senso vero e proprio, e nelle forme particolari per essa occorrenti. Sarebbe dunque un assurdo il ritenere necessario, per la prova del patto di elezione di domicilio, ciò che non lo fosse per gli altri patti della convenzione. Ora, è indubitabile che nel caso contemplato dall'art. 1325, se la scrittura è firmata dalla parte che ha assunta l'obbligazione unilaterale, e la parte stessa ha aggiunto pure di propria mano il *buono* od *approvato* indicante in lettere per disteso la somma o la quantità della cosa dovuta, si ha in ciò la piena prova di tutto il contenuto della scrittura; della somma o quantità dovuta per l'apposi-

zione del *buono* od *approvato;* di tutto il resto della convenzione risultante dal corpo della scrittura — ancorchè questa sia di mano altrui — per la sottoscrizione della parte. Se il legislatore avesse inteso altrimenti, non avrebbe lasciato in facoltà di chi si obbliga unilateralmente per una somma di danaro, o per altra cosa valutata in quantità, di scrivere intieramente di sua mano la polizza o promessa per iscrittura privata, ovvero di aggiungere alla sua sottoscrizione il *buono* od *approvato* per la somma o la quantità della cosa; ma avrebbe dovuto prescrivere assolutamente che tali polizze o promesse fossero scritte per intero di mano di chi le sottoscrive.

Qualche maggiore difficoltà potrebbe presentarsi nel caso che la scrittura privata di obbligazione unilaterale per somma di denaro o quantità di cose, contenente anche la elezione di domicilio, mancasse della formalità prescritta dall'art. 1325; non essendo scritta interamente di mano del debitore, nè alla sottoscrizione di lui essendo aggiunto il *buono* od *approvato* per la somma o la quantità della cosa. È certo allora che quella scrittura non potrebbe di per sè stessa costituire una piena prova dell'obbligazione che vi è enunciata; ma è certo altrettanto — come già notammo — che ciò non nuocerebbe alla efficacia giuridica dell'obbligazione stessa, la quale potrebb'essere provata con altri mezzi, colla confessione e col giuramento; e, secondo l'opinione più ricevuta, la scrittura stessa potrebbe pure essere considerata come un *principio di prova scritta*, e rendere quindi ammessibili quelle per testimoni e per presunzioni (art. 1347, 1354, cod. civ.). Ma dovrebbesi ritenere lo stesso, in tal caso, anche per la elezione di domicilio dichiarata nella scrittura? Potrebbe farlo pensare il carattere accessorio di tale elezione rispetto all'obbligazione per la cui esecuzione è fatta. Se non che questa considerazione, la quale potrebb'essere decisiva se l'inosservanza delle forme prescritte dall'art. 1325 producesse la nullità dell'obbligazione stessa, non ne ha invece alcuna,

dappoichè dalla mancanza di tali forme deriva soltanto la inefficacia della scrittura come mezzo di prova, e questa si riferisce d'altronde all'obbligazione ed alla somma o quantità di cose per cui fu contratta, non ai patti speciali con cui la convenzione sia stata formata. Se dunque l'obbligazione sia provata con altro mezzo, per esempio, colla confessione della parte, il non essere la scrittura di tutto pugno del debitore, e il non esservi nemmeno apposto il *buono* od *approvato* indicante la somma o la quantità delle cose dovute, non potrà certamente nuocere alla efficacia della elezione di domicilio, contenuta nella scrittura medesima, per tutto ciò che riguardi la esecuzione di quella obbligazione. Ed anche per la decisione della controversia, che si proponga in giudizio relativamente alla opposta inefficacia della scrittura per somministrare piena prova dell'obbligazione, non potrà contestarsi la competenza del tribunale avente giurisdizione nel luogo in cui sia stato eletto il domicilio (1).

123. — L'elezione di domicilio dev'essere espressa, o basta che la volontà della parte risulti anche solo implicitamente dal complesso delle circostanze? Questo era un punto che nella dottrina francese formava oggetto di dubbio, ed aveva dato luogo a contrarie opinioni.

Alcuni autori, applicando anche alla elezione di domicilio le regole comuni delle altre convenzioni, professavano che quella pure potesse essere tanto espressa quanto tacita; solo notavano non potersi mai ritenerla sulla base di semplici presunzioni, ed essere indispensabile che la volontà della persona risultasse dall'insieme delle circostanze in modo così manifesto da non lasciare alcun dubbio (2).

“ È chiaro — diceva il Marcadé — che per stabilire un “ domicilio elettivo è necessario, come per la formazione

(1) V. Decisione della Corte di cassazione di Napoli, 14 ottobre 1884 (*Giur. Ital.*, XXXVII, 1, 136 e nota 1).

(2) V. Marcadé, art. 111, § V, t. I, n. 333; Aubry e Rau, t. I, § 146; Demolombe, t. I, n. 374; Dalloz, *Rép.*, v° *Domicile élu*, n. 39.

" di qualunque altro contratto, che siavi, *o una dichiara-*
" *zione formale, o un complesso di circostanze, che non lasci*
" *dubbio sulla volontà della persona* „.

" L'elezione di domicilio — così insegnavano i signori
" Aubry e Rau — *può essere o espressa, o implicita, ma nel*
" *dubbio non si può presumerla* „.

Il Demolombe usava più larghe espressioni:

" La convenzione delle parti, in riguardo alla elezione
" di domicilio, può essere formale, o implicita. *È un punto*
" *che rientra nel dominio della interpretazione* . . . . . Ciò
" che in ogni caso è indispensabile, è che siavi conven-
" zione fatta, e contratto formato „.

Similmente il Dalloz riferivasi puramente e semplicemente al principio che il consenso, costituente l'essenza delle convenzioni, può manifestarsi in modo tacito, non meno che espressamente. E qualora fosse da escludersi, in questa materia, la necessità d'una convenzione *espressa,* non apparirebbe invero ragione sufficiente per limitare — come vorrebbero gli altri autori sopra citati — la piena facoltà dei giudici nell'apprezzamento delle circostanze di fatto, nell'interpretazione della volontà delle parti. Una volta ammesso che l'elezione di domicilio vada soggetta alle regole comuni di tutte le altre convenzioni, quale motivo e quale fondamento legale può esservi per fare a queste regole una eccezione, escludendo assolutamente l'ammissibilità delle *presunzioni* per dimostrare l'implicita volontà delle parti?

Altri insigni giureconsulti però professarono decisamente la massima, che l'*elezione di domicilio dovesse in tutti i casi essere espressa;* che non fosse lecito mai indurla da circostanze quali che fossero, come tacitamente voluta dalle parti, per quanto tale volontà potesse parere sicuramente dimostrata da quelle circostanze, secondo l'apprezzamento che ne facessero i giudici nel loro prudente criterio. In appoggio di tale opinione argomentavano quegli autori dalle idee esposte nella discussione del codice francese, essendo stato

detto dall'oratore del Tribunato che nel concedere ai contraenti la facoltà di derogare alle regole generali sul domicilio, eleggendosene uno speciale, richiedevasi però che *questa derogazione fosse stipulata in ciascuno degli atti a cui si riferiva.* Soggiungevano inoltre che " coll'eleggere domi-
" cilio in un luogo in cui non lo si ha realmente, si rinuncia
" al diritto di non poter essere citato che nel proprio domi-
" cilio reale, e davanti al proprio giudice naturale. Ora, è
" principio fondamentale che la rinunzia ad un diritto
" qualsiasi non si presume mai, e conviene che sia
" espressa. Non si può dunque, per massima generale,
" stabilire una elezione di domicilio per semplici con-
" getture „ (1).

A quest'ultima opinione fanno veramente propendere i termini stessi in cui è concepito il secondo paragrafo dell'articolo 19 del nostro codice; poichè essendovi detto che l'elezione di domicilio *deve risultare da prova scritta*, è più naturale intendere che debba risultarne direttamente, cioè per dichiarazione espressa, che nello scritto sia contenuta. Nondimeno ogni dubbio non sarebbe ancora rimosso, essendo pur possibile la interpretazione di quella disposizione nel senso che la dimostrazione della elezione di domicilio non abbia a desumersi da mezzi estrinseci all'atto; ma il contenuto di questo possa valere a stabilire tale dimostrazione, ancorchè la volontà della parte di eleggersi un domicilio speciale non vi sia stata dichiarata in termini espressi, ma ne risulti implicitamente. Se non che altre riflessioni concorrono ad accertare che la intenzione del legislatore sia stata veramente di esigere che la elezione di domicilio debba essere fatta in modo espresso.

Già dimostrammo nel numero precedente che il doversi fare *per iscritto* la elezione di domicilio è da riguardarsi come forma voluta *ad essenza*, senza cui l'elezione mede-

(1) V. MERLIN, *Rép.*, v° *Domicile élu*, § II, n. IV; ZACHARIÆ, t. I, § 146, n° 2; LAURENT, t. II, n. 114.

sima sarebbe da considerarsi *come non avvenuta*. Or come mai sarebbe conciliabile con questa idea l'altra che dal contenuto dello scritto potesse desumersi per congetture la volontà tacita della parte di eleggersi un domicilio speciale? Dove andrebbe allora la solennità che s'intese di attribuire a questo atto? Dove la garanzia, che si volle assicurare, atteso alla importanza di esso, che la parte non vi s'induca leggermente, e senz'avere apprezzata la gravità delle conseguenze che saranno per derivargliene? Clausole inserite nell'atto senza misurare tutta la portata, che si potrebbe dar loro nella interpretazione, parole sfuggite irriflettutamente potrebbero bastare per porre la parte in una condizione di eccezione alle regole generali sul domicilio, per assoggettarla a poter essere sottratta ai propri giudici naturali. Ciò non è ammissibile; e in questo senso si è pronunciata anche presso noi la dottrina e la giurisprudenza (1).

Alla massima che l'elezione di domicilio debba essere espressa, può parere collegata l'altra, generalmente professata dalla dottrina, che la facoltà conferita ad un mandatario, di eleggere domicilio presso di sè in nome del mandante, non importi elezione vera di domicilio, finchè il mandatario stesso non abbia effettivamente usato di tale facoltà (2). Se non che qui veramente, più che del modo espresso o tacito in cui l'atto di elezione di domicilio si possa fare, trattasi della formazione stessa di tale atto, che non può dirsi compiuta nel caso supposto. Allorchè infatti taluno costituisce un procuratore per un determinato affare, dà bensì a questa persona l'incarico di trattarlo e conchiuderlo per conto del mandante, sottomettendosi egli ad eseguire le obbligazioni che nei limiti delle facoltà con-

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 16-19, vol. I, § 131 B, p. 196; Pacifici-Mazzoni, *Istit.*, 2ª ediz., lib. I, n. 57, p. 69; V. Decisioni della Corte di cassazione di Firenze, 27 dicembre 1875 (*Annali di Giur.*, X, 1, 171); della Corte d'appello di Venezia, 21 aprile 1877 (*Giur. Ital.*, XXX, 1, 2, 264).

(2) V. Merlin, *Rép.*, vº *Domicile élu*, § II, n. 5; Demolombe, t. I, n. 374; Aubry e Rau, t. I, § 146, nª 5; Laurent, t. II, n. 106.

ferite verranno assunte dal mandatario; ma finchè tali obbligazioni non siano effettivamente contratte da questo, è manifestamente impossibile che vincolino il mandante. Così accade per la elezione di domicilio, non meno che per la obbligazione a cui tale elezione è destinata ad accedere; e quando pure il procuratore, eseguendo il mandato nella parte sua principale, non abbia però esercitata la facoltà, che gli era conferita, di eleggere presso di sè il domicilio in nome del mandante per quel determinato affare, non potrà certamente ritenersi equivalente ad una elezione effettiva la semplice facoltà, data al procuratore, di convenirla.

124. — Oggetto della elezione di domicilio è la determinazione d'un luogo in cui la persona sia da considerarsi come presente *per tutto ciò che riguardi la esecuzione litigiosa dell'atto o del contratto;* ond'è che da tale elezione derivano poi — come diremo appresso — gli effetti di attribuire giurisdizione ai tribunali del luogo di domicilio eletto per ogni controversia concernente l'esecuzione dell'atto in vista di cui fu fatta; e di autorizzare l'altra parte a fare nel domicilio elettivo tutte le notificazioni riguardanti l'esecuzione dell'atto medesimo.

Però la stessa elezione non ha relazione alcuna colla esecuzione non litigiosa, ma puramente volontaria, dell'atto o del contratto; essendone unico scopo quello di facilitare all'altra parte i mezzi per conseguire forzatamente l'adempimento dell'obbligazione, qualora chi l'abbia assunta non si presti spontaneamente a soddisfarla.

Da ciò segue che l'avere eletto domicilio per l'esecuzione d'un atto o d'un contratto non equivalga ad aver fissato il medesimo luogo come quello in cui abbiasi a fare il pagamento di quanto sia dovuto. Infatti l'art. 1249 del codice, dichiarando che il pagamento debba farsi *nel luogo fissato dal contratto*, suppone che ciò risulti da una clausola esplicita del contratto medesimo; e in mancanza di tale clausola

stabilisce poi che il pagamento debba farsi *nel luogo ove al tempo del contratto si trovava la cosa che ne forma l'oggetto*, se questa è certa e determinata; altrimenti debba farsi *al domicilio del debitore* — cioè al *domicilio generale* di lui — salvo il caso di vendita, nel quale, in mancanza di pattuizione relativa, il prezzo deve pagarsi dal compratore nel luogo stesso dove si ha da eseguire la tradizione della cosa venduta (art. 1508, cod. civ.).

Potrebbe sembrare, a primo aspetto, che si prestasse ad un argomento in senso contrario la disposizione dell'articolo 1260, n. 6, concernente l'offerta reale — la quale, susseguita che sia dal deposito della cosa dovuta, tiene luogo di pagamento, in riguardo al debitore, e produce la liberazione di lui (art. 1259, cod. civ.) — inquantochè quell'articolo statuisce che, qualora *non vi sia convenzione speciale riguardo al luogo del pagamento*, l'offerta debba farsi alla persona del creditore o al suo domicilio, *o a quello scelto per l'esecuzione del contratto*, che val quanto dire *al domicilio elettivo*. Dal che potrebbesi dedurre, che dunque l'elezione di domicilio per l'esecuzione del contratto sia dalla legge parificata, almeno suppletivamente, ad una convenzione determinativa del luogo pel pagamento. Ma per poco che si rifletta sul contesto del predetto n. 6 dell'art. 1260, è facile persuadersi che tale argomentazione non regge. Innanzi tutto, il testo stesso distinguendo nettamente il luogo determinato in contratto pel pagamento, da quello scelto per l'esecuzione del contratto medesimo, e pel primo esigendo una *convenzione speciale*, e solo in mancanza di questa lasciando facoltà al debitore di fare l'offerta reale alla persona del creditore, o al domicilio generale, o al domicilio speciale di lui, esclude colla maggiore evidenza la possibilità di confondere col *domicilio elettivo* il *luogo convenuto pel pagamento*. Si ammette bensì, con quella disposizione, che non essendovi convenzione speciale riguardo al luogo del pagamento, possa farsi l'offerta reale anche nel domicilio elettivo del creditore, il che è perfettamente

conforme ai principii concernenti questo speciale domicilio; il quale ha per oggetto, come dicemmo, l'*esecuzione litigiosa* della convenzione, e tale esecuzione assume infatti il carattere litigioso, allorchè il debitore è indotto a fare l'offerta reale di pagamento, perchè il creditore non si presta a riceverlo di buon accordo. Ma, d'altra parte, non può dirsi perciò che il domicilio elettivo divenga neppure in questo caso particolare il *luogo tacitamente convenuto pel pagamento;* tanto che, sebbene l'atto di offerta dovesse ritenersi validamente notificato al creditore nel suo domicilio di elezione, egli però, qualora accettasse l'offerta, avrebbe diritto di esigere che il pagamento — non essendone fissato per contratto un luogo determinato — gli venisse fatto o nel luogo in cui al tempo del contratto trovavasi la cosa certa e determinata che ne formasse l'oggetto, od altrimenti *al domicilio del debitore*, a senso dell'art. 1249; ma non potrebbe il debitore pretendere di eseguire il pagamento nel luogo del domicilio elettivo. Invero, il primo requisito testualmente richiesto dall'art. 1260 per la validità dell'offerta reale, è " che sia fatta al creditore capace di esigere, od a chi ha " facoltà di ricevere pel medesimo „. Ora, potrebbe forse sostenersi che la persona, presso cui fosse stato eletto il domicilio per l'esecuzione del contratto, avesse per ciò solo *la facoltà di ricevere il pagamento pel creditore?* Il mandato, che vedremo contenersi nella elezione di domicilio, ha per oggetto la valida notificazione e il ricevimento degli atti relativi alle contestazioni che possano insorgere tra le parti circa l'esecuzione del loro contratto; ma sarebbe contrario a tutti i principii ed assurdo lo estendere per semplice presunzione i poteri naturalmente contenuti in quel mandato ad un oggetto tanto diverso, e di conseguenze tanto più gravi pel creditore, quale sarebbe quello di ricevere il pagamento della somma od altra cosa dovuta, e liberare validamente il debitore. S'intende però che questa facoltà, la quale non è da ritenersi insita nella semplice elezione di domicilio presso un terzo per la esecuzione del

contratto, potrebbe risultare dal concorso di altre circostanze, coll'apprezzamento delle quali si giungesse a stabilire essere stata intenzione delle parti, nell'eleggere il domicilio, di fissarlo pure come luogo del pagamento (1).

Reciprocamente, l'essere indicato in un contratto, pel pagamento di ciò che forma oggetto d'obbligazione, un luogo diverso da quello del domicilio generale del debitore, non inchiuderebbe la elezione di domicilio in quel luogo (2). Di questa massima sarebbe impossibile dubitare, una volta stabilito il principio, dimostrato nel numero precedente, che l'elezione di domicilio debba essere *espressa*. Ma, quando anche si potesse ritenere il contrario, non saprebbesi tuttavia nella indicata circostanza trovare fondamento sufficiente per dedurne una tacita elezione di domicilio nel luogo in cui si fosse convenuto doversi eseguire il pagamento; imperocchè un debitore può bene obbligarsi a pagare in un luogo che non sia il suo domicilio generale, senza però intendere di sottomettersi ad una giurisdizione diversa da quella a cui è naturalmente soggetto, nè di autorizzare l'altra parte contraente a far eseguire altrove che nel proprio domicilio generale le notificazioni che possono interessargli. L'art. 91 del codice di procedura civile ammette che l'azione personale e la reale mobiliare si possano anche proporre *davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui debbasi eseguire l'obbligazione*, purchè il convenuto sia ivi citato in persona propria, o quando si tratti di materie commerciali. Ma queste sono eccezioni, motivate da considerazioni speciali, le quali non si fondano sulla supposta elezione tacita di domicilio nel luogo designato per l'eseguimento della obbligazione.

L'accennata massima, che non possa equivalere ad ele-

---

(1) V. Duranton, t. I, n. 377; Zachariæ, t. I, § 146, nª 7; Demolombe, t. I, n. 378; Aubry e Rau, t. I, § 146, nª 14; Laurent, t. II, n. 111.

(2) V. Duranton, t. I, n. 378; Zachariæ, t. I, § 146, nª 2; Valette sur Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, ch. XIX, sect. I, obs. II, pag. 240; Marcadé, art. 111, § V, t. I, n. 333; Demolombe, t. I, n. 374; Aubry e Rau, t. I, § 146, nª 4; Laurent, t. II, n. 105, p. 136.

zione di domicilio, per gli effetti dell'art. 95 del codice di procedura civile, la designazione fatta nel contratto d'un determinato luogo pel pagamento, è stata anche consacrata dalla giurisprudenza nostrale (1).

Tutto ciò che riguarda l'esecuzione, non puramente volontaria, ma litigiosa, della convenzione, e le contestazioni che intorno a tale esecuzione possono sorgere tra le parti contraenti, è compreso, secondo la regola già accennata, nell'oggetto della elezione di domicilio, e può dar luogo agli effetti di essa, dei quali parleremo nei numeri seguenti, tanto in ordine all'attribuzione di giurisdizione ai tribunali del domicilio eletto, quanto in ordine alla facoltà spettante alla parte contraente di far eseguire al domicilio medesimo tutte le notificazioni di atti concernenti quella esecuzione.

Il principio è chiaro per sè, e si estende, oltre che alle citazioni ed agli altri atti giudiziali relativi all'esecuzione del contratto, anche agli atti estragiudiziali, come le intimazioni fatte al debitore per costituirlo in mora, e le offerte reali di pagamento — giusta il già citato articolo 1260, n. 6 — qualora il contratto non contenga la indicazione d'un determinato luogo, nel quale il pagamento stesso debba essere eseguito.

Nondimeno nelle applicazioni particolari del predetto principio s'incontrano difficoltà, alcune delle quali hanno dato luogo a gravi discordanze di opinioni tra i giuristi.

In prima, per ciò che riguarda l'attribuzione di giurisdizione ai tribunali del domicilio elettivo, non è dubbio che il creditore possa proporre davanti ad essi le domande tutte relative all'esecuzione del contratto; e che il debitore possa a sua volta portare alla loro cognizione ogni istanza di suo interesse, che riguardi l'esecuzione medesima, per esempio, le domande in convalidazione di offerte reali da lui fatte, e le contestazioni concernenti la validità, l'inter-

(1) V. Decisione 21 aprile 1877 della Corte d'app. di Venezia (*Giurisprudenza Ital.*, vol. XXX, I, II, 264).

pretazione e gli effetti di determinate clausole della convenzione. Ma suppongasi che il creditore, anzichè agire per l'esecuzione del contratto, voglia promuoverne la risoluzione, a senso dell'articolo 1165 del codice civile, perchè l'altra parte contraente non abbia soddisfatte le proprie obbligazioni. Potrà egli proporre la domanda dinanzi al tribunale del domicilio eletto dal debitore? Il dubbio potrebbe nascere dal non trattarsi in questo caso veramente della esecuzione, bensì della risoluzione del contratto. Per altro, se ciò è vero guardando strettamente al solo oggetto della istanza, è vero altrettanto che alla inesecuzione del contratto si riferisce il fondamento di essa, e che la controversia, da risolversi dal tribunale, concerne appunto la esecuzione, o non, del contratto; tanto che i giudici hanno la facoltà di respingere la domanda di risoluzione, ordinando invece che la convenzione si eseguisca, e concedendo al convenuto una dilazione, secondo le circostanze (art. 1165, § 3°, cod. civ.). La materia del contendere è pertanto anche in questo caso compresa nell'oggetto pel quale il domicilio fu eletto; ed è d'altronde manifesta la ragionevolezza di presumere che il creditore stipulando una elezione di domicilio, che gli dava la facoltà di portare ad un tribunale diverso da quello del luogo di domicilio generale del debitore tutte le controversie riguardanti la esecuzione del contratto, abbia inteso di assicurarsi questo beneficio anche pel caso in cui gli occorresse di dover contestare al debitore il mancamento di lui al soddisfacimento delle obbligazioni assunte, e quindi la non esecuzione del contratto, e di promuovere per tale motivo la risoluzione del contratto medesimo. Così questa massima, insegnata da alcuni autori, non è, che sappiamo, contraddetta da nessun altro, e venne confermata anche dalla giurisprudenza nostrale (1).

---

(1) V. Demolombe, t. I, n. 379; Aubry e Rau, t. I, § 146, nª 15; Decisione della Corte d'app. di Palermo, 21 maggio 1881 (*Circolo giuridico*, XIII, 102).

Suppongasi ora che sia il debitore, il quale voglia impugnare la convenzione con cui si obbligò, proponendone la nullità o domandandone la rescissione, per cause ammesse dalla legge. Potrà egli promuovere codeste azioni davanti ai giudici del domicilio eletto dal creditore? La giurisprudenza francese ha presentata intorno a questo punto qualche perplessità, che però non sembra giustificata. L'elezione di domicilio ha per oggetto, come dicemmo, tutto ciò che riguarda l'*esecuzione litigiosa* della convenzione. Ora, si solleva forse una *controversia relativa all'esecuzione del contratto*, allorchè se ne domanda l'annullamento o la rescissione? Al contrario, si vuol togliergli ogni esistenza giuridica, impedirne qualsiasi effetto, renderne quindi impossibile l'esecuzione. La materia della contestazione è pertanto il preciso contrapposto di quella per la quale fu eletto il domicilio; ed è conseguente che debbasi ritornare all'applicazione delle regole comuni, portando la causa davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui il convenuto ha il suo domicilio generale. Oltre di che sarebbe assurdo che mentre l'attore impugna per nullità o rescissione il contratto, pretendesse nel tempo medesimo di poter invocare a proprio beneficio una clausola di esso, quella cioè relativa alla elezione di domicilio. Abbiamo accennato sopra alla massima contraria da osservarsi allorchè si facciano oggetto di contestazione la validità, l'interpretazione e gli effetti di *determinate clausole particolari d'una convenzione;* perchè limitata così la controversia, è veramente *relativa all'esecuzione della convenzione*, trattandosi di stabilire in quali parti, in qual senso e con quali effetti essa debba essere osservata; ciò che non si avvera in una domanda diretta ad ottenere l'annullamento o la rescissione integrale del contratto (1).

Più gravi sono le difficoltà ed i dubbi per ciò che concerne le notificazioni da potersi fare al domicilio elettivo;

---

(1) V. Demolombe, t. I, n. 379; Aubry e Rau, t. I, § 146, nª 12, 13.

nonostante la regola generalmente riconosciuta, che possono ivi eseguirsi tutte le notificazioni concernenti l'esecuzione dell'atto o del contratto a cui l'elezione di domicilio si riferisce.

Si è domandato, in primo luogo, se la elezione di domicilio debba intendersi fatta anche per la esecuzione delle sentenze di condanna proferite in base all'atto od al contratto pel quale il domicilio fu eletto; e se quindi la notificazione della sentenza stessa, dei precetti e degli altri atti richiesti nelle varie procedure di esecuzione forzata, possa farsi validamente al domicilio elettivo. Nessuno ha mai contestata la validità di tali notificazioni quando siano fatte in base ad un atto contrattuale ricevuto da notaro, o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato, e sovra copia rilasciata in forma esecutiva. È troppo evidente infatti in tal caso che trattasi della *esecuzione del contratto*, per poter mettere in dubbio la facoltà di fare la significazione degli atti di procedura esecutiva nel domicilio eletto. Ma quando sia intervenuta una sentenza di condanna, e si tratti di eseguire questa, è parso a qualche autore che non si possa più parlare di *esecuzione del contratto*, e si debba perciò ritornare alla regola generale, eseguendo le notificazioni degli atti di procedimento al domicilio generale del debitore (1).

Nondimeno sembra evidente l'errore che s'incorre in questo modo di considerare le cose. Forsechè la sentenza intervenuta produce *novazione* nel credito, nel senso di togliere alla parte, che l'ha ottenuta, il beneficio delle clausole e delle stipulazioni accessorie contenute nella convenzione sulla quale è stata pronunciata? La sentenza non ha altro carattere che meramente *dichiarativo*; e ciò che si fa per eseguirla, non è altro, in fondo, che un mezzo di esecuzione dell'atto o del contratto medesimo intorno a cui fu proferita. È dunque naturale che il domicilio eletto per

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Domicile élu*, § II, n. 10; Duranton, t. I, n. 379.

l'esecuzione dell'atto o del contratto possa invocarsi pure per quella della sentenza (1).

Si è chiesto altresì se la notificazione della cessione di un credito — la quale dev'esser fatta al debitore, secondo la disposizione dell'art. 1539 del codice civile, per rendere produttiva di effetto a fronte dei terzi la cessione medesima — debbasi eseguire al domicilio generale del debitore stesso, o possa avere luogo anche nel domicilio da lui eletto nel contratto. E qualche autore ha sostenuto che la cessione non essendo da riguardarsi come *relativa all'esecuzione del contratto*, non possa estendersi ad essa l'elezione di domicilio (2). Ma quanto a ciò, fu osservato giustamente in contrario, che la significazione dell'avvenuta cessione al debitore ha per fine di rendergli noto a chi debba egli pagare; che ciò si riferisce manifestamente alla esecuzione stessa dell'atto; che dunque la elezione di domicilio relativa all'atto medesimo dev'essere applicabile anche alla significazione della cessione (3). I signori Aubry e Rau hanno aggiunto in appoggio della prima opinione un altro argomento, dedotto dal principio che “ l'elezione di domicilio, “ di natura sua, è relativa soltanto alle contestazioni che “ possono nascere fra le parti intorno all'esecuzione della “ loro convenzione; ma lascia sotto l'impero del diritto “ comune tutto ciò che concerne l'esecuzione puramente “ volontaria e non litigiosa della convenzione „. Ma come può sostenersi che si tratti di *esecuzione volontaria dell'obbligazione da parte del debitore* nella intimazione che vien fatta a lui della cessione operata dal creditore a favore di un terzo? E non è vero piuttosto che questa intimazione, mediante la quale s'impongono al debitore gli effetti dell'avvenuta cessione relativamente ai diritti acquistati dal cessionario, ha in questo senso un carattere litigioso? Non

---

(1) V. Delvincourt, t. I, p. 46, n^a 4; Valette sur Proudhon, t. I, chap. XIX, sect. I, obs. IV; Demolombe, t. I, n. 380; Aubry e Rau, t. I, § 146, n^e 8, 10.

(2) V. Duranton, t. I, n. 380; Aubry e Rau, t. I, § 146, n^a 16.

(3) V. Merlin, *Rép.*, v° *Domicile élu*, § II, n. VIII, 2°; Demolombe, t. 1, n. 381.

ci sembra dubbio, pertanto, anche sotto questo aspetto, il buon fondamento dell'opinione contraria.

125. — Dallo scopo già dimostrato della elezione di domicilio — cioè di agevolare alla parte contraente i mezzi onde procedere agli atti necessari e farsi rendere giustizia per l'adempimento delle obbligazioni assunte dall'altra parte, se questa non vi si presti spontaneamente — derivano gli effetti che l'elezione stessa naturalmente produce; e che consistono, come altre volte avemmo occasione di accennare incidentemente, nell'attribuire giurisdizione ai tribunali del luogo in cui il domicilio è eletto, per tutto ciò che riguardi l'esecuzione dell'atto pel quale l'elezione è stata fatta, e nell'attribuire a ciascuna parte contraente la facoltà di eseguire nel domicilio eletto dall'altra tutte le notificazioni concernenti quella esecuzione.

Ciò era espresso nel codice Napoleonico, in quello pel regno delle Due Sicilie, e nell'Albertino; nei quali era dichiarato che qualora le parti od una di esse avessero eletto domicilio per l'esecuzione d'un atto " le domande ed i provvedimenti relativi a quest'atto si potranno fare al domicilio convenuto, ed avanti i giudici del medesimo „. Ma non fu ripetuto nell'art. 19 del cod. civ. nostro, parendo che simili disposizioni trovassero sede più appropriata in quello di procedura civile; nel quale infatti, trattando della competenza per territorio, fu statuito nell'art. 95, che " nel caso di elezione di domicilio, a norma dell'art. 19 del codice civile, l'azione si può proporre davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui fu eletto il domicilio „; e negli articoli 40 e 140 fu detto, che quando siasi eletto domicilio, colla indicazione d'una persona o d'un uffizio, la notificazione della citazione e tutte le altre relative all'atto per cui si fece la elezione, possono eseguirsi al domicilio eletto, intimando gli atti a quella persona od a quell'uffizio.

Sebbene siano cotesti gli effetti connaturali dell'elezione di domicilio, non sono però da riguardarsi come essen-

ziali di essa, talchè debbano in ogni caso necessariamente e cumulativamente verificarsi. Quella elezione avendo carattere contrattuale, e d'altronde gli effetti di essa apportando eccezione alle regole comuni di diritto — sia quanto alla competenza dell'autorità giudiziaria, sia circa il luogo in cui possano eseguirsi le notificazioni che dovrebbero farsi personalmente alla parte — ne segue che gli effetti della elezione medesima debbano dipendere dalla intenzione dei contraenti, e solo sussidiariamente, e per presunzione della loro volontà, dalla legge; che perciò quegli effetti possano essere più o meno estesi, secondo la volontà delle parti, determinata mediante l'applicazione delle norme comuni relative alla interpretazione dei contratti (art. 1131 e seg., cod. civ.); e che tuttavia tale interpretazione debba farsi in modo restrittivo, appunto perchè gli effetti propri della convenzione di cui si tratta sono di eccezione alle norme generali di diritto (1). Di questo principio fu anche fatta applicazione decidendo che l'elezione di domicilio, fatta per gli atti della causa principale, non possa estendersi nei suoi effetti alla notificazione degli atti esecutivi (2).

Qualche volta la diversità stessa del modo, in cui l'elezione di domicilio è avvenuta, indica *per presunzione di legge* una differente intenzione delle parti circa gli effetti che da quella elezione debbono derivare. Così è, che " quando, a norma dell'art. 19 del codice civile, *si elegge* " *domicilio in un comune, senza indicare la persona o l'ufficio* " presso cui si elegge, l'elezione *produce soltanto l'effetto di* " *determinare la competenza* „ mentre qualora sia indicata la persona o l'ufficio, il domiciliatario s'intende sostituito alla parte stessa eleggente per tutte le notificazioni relative

---

(1) V. Zachariæ, t. I, § 146, nª 8; Demolombe, t. I, n. 375, 5º; Laurent, t. II, n. 110. V. Decisione della Corte d'app. di Firenze, 31 marzo 1879 (*Annali di Giur.*, XIII, III, 166).

(2) V. Decisione della Corte di cass. di Torino, 6 dicembre 1871 (*Annali di Giurispr.*, VI, I, 136).

all'atto per cui si fece l'elezione, talchè la citazione e tutti gli altri atti di procedura, che la legge dichiari doversi intimare personalmente alla parte, possono invece essere notificati *alla persona o all'uffizio presso cui fu eletto il domicilio* (art. 40 e 140, § 1°, cod. proc. civ.) — (1).

Altre volte accade che alla giurisdizione non si faccia attualmente immutazione veruna, ma solo si renda essa indipendente dai cangiamenti ulteriori di domicilio generale; come si verifica quando appunto nel luogo stesso di domicilio generale d'una delle parti si elegga domicilio speciale per un determinato affare od atto (2).

Sia però che, giusta l'intenzione delle parti, l'elezione di domicilio produca interamente o parzialmente soltanto gli effetti suoi naturali, essa non fa cessare gli effetti ordinari del domicilio generale; e poichè, quando altrimenti non consti, è da reputarsi che quella elezione sia stata fatta non per utilità dell'eleggente, ma dell'altra parte — mentre l'eleggente avrebbe anzi interesse d'esser citato davanti l'autorità giudiziaria del vero domicilio suo, e di ricevere ivi le notificazioni relative all'atto od al contratto a cui devenne — è conseguente che di regola rimanga facoltativo a quella parte d'approfittare, o no, dei predetti effetti.

Questo carattere *facoltativo* degli effetti della elezione è invero espressamente accennato nelle già citate disposizioni del codice di procedura civile; essendo detto nell'articolo 40 che " tutte le notificazioni relative all'atto per " cui si fece l' elezione *possono eseguirsi* al domicilio " eletto „ e nell'art. 95, che " nel caso di elezione di domi- " cilio, a norma dell'art. 19 del codice civile, l'*azione si " può proporre davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui " fu eletto il domicilio* „. Ond'è manifesto essersi inteso che

---

(1) V. Decisioni della Corte d'app. di Firenze, 30 agosto 1878 (*Annali di Giurispr.*, XII, III, 326), e della Corte d'app. di Palermo, 27 gennaio 1882 (*Giurispr. Ital.*, vol. XXXIV, II, 319).

(2) V. Valette sur Proudhon, t. I, chap. XIX, sect. I, obs. V. V. sopra, n. 121, p. 355, 356.

una parte possa anche, a sua scelta, fare al domicilio generale dell'altra le notificazioni relative all'esecuzione del contratto, o portare davanti ai tribunali di quel domicilio le contestazioni che possano sorgere relativamente all'esecuzione stessa.

Tuttavia, poichè ciò dipende — come si disse — dalla presunzione che il domicilio sia stato eletto per solo interesse dell' altra parte, deve seguirne una conclusione opposta pel caso in cui sia dimostrato che l'elezione di domicilio sia stata fatta nell' interesse comune dei due contraenti, e molto più se risulti che sia stata fatta nell'interesse esclusivo dell' eleggente. L' altra parte allora dovrebbe necessariamente proporre le sue azioni davanti l'autorità giudiziaria del luogo di domicilio elettivo, e fare in questo luogo stesso tutte le notificazioni relative al contratto. La dottrina e la giurisprudenza, anche delle Corti nostre, sono concordi in questa massima (1).

Gli effetti sopra cennati della elezione di domicilio debbono poi essere considerati sotto un duplice aspetto; cioè nei rapporti fra le stesse parti contraenti, ed in quelli tra l'eleggente e la terza persona presso cui stabilisca il domicilio.

126. — Per quanto riguarda specialmente ai rapporti fra le parti contraenti, l'elezione di domicilio non può considerarsi altrimenti che come una clausola accessoria della convenzione tra esse parti formata.

Di questo principio già vedemmo nel numero precedente un'applicazione circa il doversi regolare gli effetti della elezione giusta la volontà delle parti contraenti, e questa volontà determinarsi seguendo le regole comuni d'interpretazione dei contratti, applicando però tale interpretazione

---

(1) V. Valette sur Proudhon, t. I, chap. XIX, sect. I, obs. III; Marcadé, art. 111, § I, t. I, n. 328; Demolombe, t. I, n. 376; Aubry e Rau, t. I, § 146, nⁱ 17 e 18. V. Decisioni della Corte di cass. di Torino, 4 giugno 1868 (*Giurisprudenza Ital.*, XX, I, 357), e 24 ottobre 1870, *Giur. It.*, XXIV, I, 829 e della Corte d'app. di Napoli, 7 aprile 1869 (*Gazz. del Proc.*, IV, 165).

in senso restrittivo, anzichè estensivo, perchè trattasi d'una convenzione che riveste il carattere di eccezione a fronte delle norme generali di diritto.

Ma non si fermano a ciò le conseguenze dell'accennato principio fondamentale. L'elezione di domicilio essendo una clausola contrattuale, ne segue ch'essa abbia forza di legge tra le parti, nè possa essere rivocata che per mutuo loro consenso (art. 1123, cod. civ.). Questa massima va intesa però sotto certe riserve, rese necessarie dall'indole speciale della convenzione di cui si tratta. Nella ricordata disposizione dell'art. 1123 è supposto, come avviene d'ordinario, che la convenzione sia fatta nell'interesse reciproco delle parti contraenti; e qualora ciò si verifichi anche nella elezione di domicilio, non vi è dubbio che la regola dell'articolo 1123 debba avere piena applicazione; com'è indubitabile parimente che se l'elezione sia stata fatta nell'interesse d'una sola delle parti, questa potrà bensì rinunciare agli effetti di quella stipulazione avvenuta nel suo esclusivo interesse, ma all'altra parte, sebbene l'elezione di domicilio sia stata fatta da lei, non sarà lecito rivocarla senza il consentimento dell'interessato. Se però l'elezione, quantunque per caso più raro a verificarsi, sia seguìta nell'esclusivo interesse dell'eleggente stesso, è altrettanto certo ch'egli avrà facoltà, rinunciando al beneficio della stipulazione fatta per sè, di revocare l'elezione di domicilio, anche senza il consenso dell'altro contraente, non essendo compreso un caso simile nella previsione del citato articolo 1123 (1). Inoltre la stessa massima, che l'elezione di domicilio non sia, in generale, revocabile unilateralmente, per volontà della sola parte che l'abbia fatta, va soggetta a qualche limitazione relativa ad alcuno dei particolari effetti che possono derivarne.

Abbiamo già notato a tale proposito che codesti effetti non sono sempre identici, ma possono variare secondo il

(1) V. Zachariæ, t. I, § 146, nª 10, 11; Demolombe, t. I, n. 375, 1°; Aubry e Rau, t. I, § 146, nª 23; Laurent, t. II, n. 152.

diverso modo in cui l'elezione sia avvenuta (1). Così, " qua-
" lora si elegga domicilio *in un comune, senza indicare la*
" *persona o l'ufficio* presso cui si elegge, l'elezione produce
" soltanto l'effetto di determinare la competenza (art. 40,
" § 1°, cod. proc. civ.) „; ma questo effetto costituendo un diritto acquisito per la parte nel cui interesse l'elezione avvenne, non potrebbe certamente la parte stessa esserne privata senzachè vi consentisse, e per sola volontà dell'altra parte, che pretendesse di revocare la pattuita elezione.

Qualora venga eletto domicilio *presso un ufficio*, od anche *in una casa determinata*, ma *senza indicazione di persona*, ne risulta, oltre alla *determinazione della competenza*, la facoltà per l'altra parte di eseguire in quell'uffizio o in quella casa " tutte le notificazioni relative all'atto per cui
" si fece l'elezione „ (art. 40, § 2°, 140, § 1°, cod. proc. civ. e argomento da essi); ed anche in questo caso è manifesto che l'eleggente non potrebbe revocare la fatta elezione senza l'accordo della volontà dell'altro contraente, al cui interesse essa riguarda. La irrevocabilità è non meno certa nel caso di elezione fatta da una delle parti *nel proprio domicilio generale*, nè i cangiamenti avvenibili in questo potrebbero influire su quella (2).

Ma se invece sia stato eletto il domicilio *presso una persona abitante in un luogo determinato*, una tale stipulazione ha allora, da parte dell'eleggente, un duplice oggetto; cioè di prefiggere *un luogo* in cui l'eleggente medesimo sia da reputarsi domiciliato per gli effetti della determinazione della competenza e delle notificazioni relative all'atto per cui la elezione è fatta, e di designare *una persona* che si sostituisca all' eleggente, e lo rappresenti nel ricevere coteste notificazioni. Ora, se nel primo di questi oggetti è interessata l'altra parte, senza l'assenso della quale non potrebbe quindi l'elezione essere quanto a ciò validamente revocata, il secondo oggetto è invece di esclusivo interesse

(1) V. sopra, n. 121, p. 356, n. 125, p. 379.
(2) V. sopra, n. 121, p. 356.

dell'eleggente, al quale pertanto spetta sempre per questo riguardo la facoltà libera della revocazione, salvo l'obbligo di determinare altra persona abitante nel medesimo luogo (1).

Dal principio che l'elezione di domicilio, nei rapporti tra le parti contraenti, è da considerarsi semplicemente come una clausola accessoria del contratto, deriva altresì che per la regola scritta nell'articolo 1127 del codice civile — secondo cui " si presume che ciascuno abbia contrattato " per sè e per i suoi eredi ed aventi causa „ — gli effetti della elezione di domicilio debbano estendersi, tanto attivamente che passivamente, ai successori, a titolo universale o particolare, dei contraenti; talchè continua a sussistere, anche contro gli eredi od aventi causa di colui che ha fatta l'elezione, il domicilio da lui stabilito, e reciprocamente agli eredi od aventi causa dell'altra parte si trasmette il diritto ch'essa aveva di trarre l'eleggente davanti l'autorità giudiziaria del luogo di domicilio speciale, e di notificare in quel luogo le citazioni e tutti gli altri atti relativi alla convenzione (2); salvo sempre, ben s'intende, che da una clausola dell'atto o da circostanze speciali risulti la intenzione delle parti di limitare gli effetti della elezione di domicilio fra le sole persone che la stipularono.

Anche i creditori della parte, a cui vantaggio sia stata convenuta l'elezione di domicilio, dovendo considerarsi come *aventi causa di lei*, in quanto esercitino l'azione surrogatoria a norma dell'art. 1234 del codice civile, è indubitabile che ad essi pure dovrebbero sotto questo aspetto reputarsi trasmessi gli effetti di quella elezione; ma, all'op-

---

(1) V. Zachariæ, t. I, § 146, nª 12; Duranton, t. I, n. 381; Demolombe, t. I, n. 372, 1°; Aubry e Rau, t. I, § 146, nª 24; V. Decisione della Cass. di Napoli, 15 gennaio 1883, *Giur. It.*, XXXV, I, 259.

(2) V. Merlin, *Rép.*, v° *Domicile élu*, § II, n. 8; Toullier, t. I, n. 368; Duranton, t. I, n. 381; Zachariæ, t. I, § 146, nª 6; Demolombe, t. I, n. 375, 3°; Marcadé, art. 111, § III, t. I, n. 330; Aubry e Rau, t. I, § 146, nª 20. V. Decisione della Corte di cassazione di Palermo, 20 marzo 1867 (*Annali di Giurisprudenza*, I, 1, 390).

posto, qualora intentassero l'*azione revocatoria*, a senso dell'art. 1235 del medesimo codice, siccome in ciò non agirebbero in rappresentanza del loro debitore, ma in nome proprio personale, non potrebbero certamente invocare la elezione di domicilio pattuita dal debitore nell'atto, che verrebbero ad impugnare come fatto in frode delle loro ragioni (1).

127. — L'altro ordine di rapporti, che ci proponemmo di esaminare circa gli effetti della elezione di domicilio — di quei rapporti, cioè, che intercedono tra l'eleggente e la terza persona presso cui si stabilisca il domicilio elettivo — non può riscontrarsi che per uno dei diversi modi in cui vedemmo poter avvenire quella elezione; vale a dire, quando appunto si elegge domicilio per un dato affare od atto presso una persona individualmente determinata, alla quale l'eleggente conferisce l'incarico di ricevere a nome e per conto di lui le citazioni od altri atti, le cui notificazioni avrebbero a farsi personalmente alla parte od al domicilio generale di essa. Dopo ciò, quando si chiede quale sia il carattere giuridico dei rapporti che nascono tra l'eleggente e quella terza persona, la risposta è molto semplice, ed ovvia; non si tratta che di un *mandato*, e le regole generali di esso sono quindi applicabili anche a quei rapporti. Questa massima è riconosciuta in dottrina (2) ed anche la giurisprudenza dei nostri tribunali l'ha ritenuta (3). Essa però non ha relazione che con uno degli effetti della elezione di domicilio, quello cioè che concerne le *notificazioni relative all'atto per cui tale elezione è fatta;* nessuna può averne, evidentemente, colla *determinazione della competenza*. Inoltre, come già avvertimmo nel numero precedente, nella stessa elezione di domicilio presso una persona

---

(1) V. Aubry e Rau, l. c., nª 21 e 22.

(2) V. Demolombe, t. I, n. 372; Aubry e Rau, t. I, § 146, nª 25; Laurent, t. II, n. 113.

(3) V. Decisioni della Corte d'app. di Bologna, 19 maggio 1875 (*Legge*, XV, I, 898); della Corte d'appello di Venezia, 21 luglio 1876 (*Temi Veneta*, I, 266).

abitante in un luogo determinato, bisogna distinguere la *determinazione del luogo*, in cui l'eleggente vuol essere ritenuto domiciliato per tutto ciò che possa riguardare l'esecuzione dell'atto, dalla *designazione della persona* incaricata di ricevere per lui le notificazioni; ed è in quest'ultimo rapporto soltanto che è concepibile l'idea del mandato. Da tutto ciò derivano conseguenze importanti.

L'elezione di domicilio presso una determinata persona racchiudendo il concetto giuridico di un mandato a questa conferito, è chiaro non poterne nascere alcuna obbligazione a carico della persona medesima, se non in virtù del consenso ch'essa vi abbia prestato, accettando il mandato. Però non è necessaria l'accettazione espressa, ma può essere anche *tacita*, e può pure risultare dall'esecuzione stessa del mandato da parte di colui al quale fu conferita (articolo 1738, § 2°, cod. civ.); e come esecuzione può riguardarsi l'avere ricevute senza alcuna protesta le notificazioni fatte al domicilio elettivo (1). Coll'accettazione, sia espressa, sia tacita, colui presso il quale fu eletto il domicilio assume l'obbligazione di trasmettere all'eleggente gli atti che vengano notificati al domicilio eletto, e diviene responsabile dei danni che potessero derivare dall'inadempimento di tale obbligazione (art. 1745, cod. civ.). L'eleggente poi è tenuto a rimborsare a colui presso il quale ha eletto domicilio qualunque spesa che dalla esecuzione del mandato potesse essere cagionata (art. 1753, cod. civ.).

Il mandato essendo di natura sua revocabile (art. 1758, cod. civ.), anche l'eleggente può dunque, sempre quando voglia, revocare quello da lui conferito al domiciliatario.

Poichè, per altro, le regole proprie del contratto di mandato sono applicabili, nella determinazione degli effetti della elezione di domicilio presso una terza persona, a ciò solo che riguardi l'incarico a questa dato dall'eleggente di ricevere per lui le notificazioni relative all'atto

---

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 146 in fine.

per cui si fece l'elezione; è conseguente che per questo solo rapporto siano da osservarsi le norme sopra cennate relativamente all'accettazione ed alla revocazione del mandato.

Così, non avendo alcuna relazione — come avvertimmo — la teorica del mandato coll'effetto della elezione di domicilio concernente l'attribuzione di giurisdizione all'autorità giudiziaria del luogo in cui fu eletto il domicilio, giusta l'art. 95 del codice di procedura civile, nè colla stessa determinazione del *luogo* in cui l'eleggente ha consentito a considerarsi come domiciliato per tutto ciò che riguardi la esecuzione dell'atto; codesti due effetti, che si operano nei rapporti delle parti contraenti per sola virtù della convenzione intervenuta fra loro, debbono ritenersi affatto indipendenti dall'essere o no stato accettato dal domiciliatario l'incarico di ricevere le notificazioni degli atti per l'eleggente. E tanto la semplice mancanza di accettazione espressa o tacita, quanto lo stesso rifiuto esplicito del domiciliatario, non priverebbe la parte, a cui benefizio l'elezione fosse stata fatta, della facoltà non solo di proporre le proprie azioni davanti l'autorità giudiziaria del luogo di domicilio elettivo, ma eziandio di fare a questo domicilio tutte le notificazioni relative all'eseguimento della convenzione. Nè questa condizione di cose potrebb'essere modificata dalla circostanza che del rifiuto del domiciliatario di accettare il mandato fosse stata fatta alla parte interessata una formale significazione. Questa non avrebbe alcun valore contro il diritto spettante pel contratto alla parte medesima di poter esercitare le proprie ragioni davanti al tribunale del domicilio, e di far eseguire in questo luogo le notificazioni che siano di suo interesse. Allora solo la significazione del rifiuto del domiciliatario potrebbe avere una utilità, quando fosse accompagnata dalla designazione d'altra persona abitante nel medesimo luogo, alla quale l'eleggente trasferisse l'incarico rifiutato dalla prima (1).

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 146, nº 26.

Similmente è a dirsi, per la revocazione, che l'eleggente può bensì, quando voglia, togliere a chi aveva dato l'incarico di ricevere per lui le notificazioni relative all'atto per cui fece l'elezione di domicilio, designando in luogo di quella un'altra persona; ma non gli sarebbe lecito distruggere, mediante una tale revocazione, gli effetti dell'elezione di domicilio, nè quanto all'attribuzione di giurisdizione all'autorità competente in ragione del domicilio eletto, nè quanto alla facoltà data all'altra parte contraente di notificare validamente in quel luogo la citazione od altri atti riguardanti un determinato affare. Sostituendo persona a persona, presso cui stabilisca il proprio domicilio speciale, l'eleggente non pregiudica punto all'esecuzione del contratto, nè ai legittimi interessi dell'altra parte, alla quale se giova che chi contrattò con lei abbia un domicilio eletto in un determinato luogo, nulla può importarle, generalmente, che tale domicilio sia piuttosto presso l'una che presso l'altra persona. Ma se invece revocasse assolutamente la fatta elezione, di guisa che l'altra parte non potesse più proporre le proprie azioni che davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui il contraente avesse *domicilio generale*, e solo in questo potesse fare le notificazioni relative all'esecuzione del contratto, è manifesto che offenderebbe con ciò i rapporti contrattuali stabiliti, ed i diritti legittimamente acquistati dall'altro contraente (1).

S'intende inoltre, che anche rispetto alla facoltà dell'eleggente di sostituire altra persona abitante nel medesimo luogo, a quella presso cui aveva nel contratto eletto il domicilio, quantunque in generale sia da presumersi che contro tale sostituzione di persona l'altra parte contraente non abbia alcun legittimo interesse da potere opporre, è tuttavia supponibile che nella specialità dei casi una tale presunzione possa essere distrutta da risultanze esplicite

---

(1) V. Decisione della Corte di cassazione di Napoli, 15 gennaio 1883 (*Giur. It.*, XXXV, I, 1, 257).

od implicite della convenzione stessa, le quali dimostrino essersi voluto dai contraenti che il domicilio elettivo sia stabilito precisamente ed esclusivamente presso una persona designata di reciproco accordo; e in tale ipotesi nessun cangiamento sarebbe possibile, se non per comune consenso delle parti, giacchè ogni cangiamento costituirebbe una revocazione parziale della convenzione, ciò che non può avvenire, se non per mutuo consenso dei contraenti (art. 1123, § 2°, cod. civ.).

Allorchè il domiciliatario abbia accettato, sia poi espressamente o tacitamente, l'incarico conferitogli dall'eleggente, divenendo con ciò perfetto il mandato, ne segue, in virtù delle regole proprie di questo, che il domiciliatario rappresenti l'eleggente nei limiti delle facoltà da lui dategli, le quali hanno per unico oggetto il ricevimento delle notificazioni relative all'esecuzione dell'atto o del contratto per cui si fece l'elezione. Di guisa che quelle notificazioni, quando siano fatte al domiciliatario, debbono riguardarsi come se fossero fatte personalmente all'eleggente, e produrre verso di lui i medesimi effetti (arg. art. 1752, cod. civ.). In questo senso fu detto che “ la persona del domicilia- “ tario *è sostituita alla parte* „ e fu ritenuto che quand'anche nell'atto della elezione sia stato indicato un ufficio in cui le notificazioni possano farsi al domiciliatario, ma questi sia stato designato individualmente, e l'usciere trovi chiuso l'ufficio, possa eseguire la notificazione alla residenza, al domicilio o alla dimora del domiciliatario stesso, rilasciando la copia dell'atto a persona di famiglia o addetta al servizio di costui (1).

Per applicazione del medesimo principio, in un caso di elezione di domicilio presso una persona determinata, avendo l'usciere nella relazione di notificazione dichiarato di aver consegnata la copia dell'atto nella casa del domi-

---

(1) V. Decisione della Corte d'appello di Firenze, 30 agosto 1878 (*Annali di Giurispr.*, XII, III, 326).

ciliatario ad un domestico di lui, senza far menzione di non aver potuto notificare la citazione alla persona stessa del domiciliatario, fu ritenuta nulla la citazione; perchè, secondo la lettera e lo spirito dell'art. 140 del codice di procedura civile: “ fatta elezione di domicilio presso una “ data persona, il domiciliatario è quella persona essenziale, “ alla quale principalmente si deve consegnare la copia, nè “ basta il consegnarla ad un qualunque suo famigliare o “ domestico nella di lui abitazione, quasichè la casa o “ l'ufficio siasi preso di mira, anzichè la persona „ (1).

128. — Indicando i diversi modi in cui può aver luogo l'elezione di domicilio, accennammo già l'influenza che l'essere stato seguìto l'uno o l'altro di essi può esercitare sulla cessazione degli effetti della elezione medesima; e ci riservammo di trattarne particolarmente in questo luogo (2). Ma, innanzi tutto, interessa tener presente anche in questo argomento la distinzione già dimostrata tra i due diversi ordini di rapporti nei quali gli effetti della elezione predetta debbono essere considerati; dei rapporti, cioè, tra le stesse parti contraenti, e di quelli tra l'eleggente ed il domiciliatario (3).

Parlando del primo di questi ordini di rapporti, e poichè quanto ad essi l'elezione di domicilio costituisce una clausola contrattuale accessoria alla convenzione od all'atto per cui si fece la elezione (4), è ovvio che gli effetti di questa siano da ritenersi cessati qualora rimangano completamente estinte le obbligazioni che derivavano dall'atto per l'esecuzione del quale fecesi la elezione, o quando questa in ispecie venga revocata per mutuo consenso delle parti. Nel primo caso viene a mancare affatto lo scopo

---

(1) V. Decisioni della Corte di cassazione di Firenze, 30 dicembre 1871 (*Giurispr. It.*, XXIII, I, 857).
(2) V. sopra, n. 121, p. 357.
(3) V. sopra, n. 125, p. 381.
(4) V. sopra, n. 126, p. 381.

della elezione di domicilio, che consisteva appunto nell'offrire alle parti mezzi più facili per conseguire giudizialmente, occorrendo, l'adempimento delle obbligazioni contratte dall'una di esse parti verso l'altra. Nel secondo caso, non ostante che possa sussistere ancora l'accennato scopo della elezione, deve aver pieno effetto il mutuo consenso delle parti per la revocazione di essa, essendo sempre in loro libera facoltà lo sciogliersi per reciproco accordo, come dalla convenzione principale, così da ogni clausola accessoria che vi abbiano apposta.

Può pure ammettersi la estinzione degli effetti della elezione di domicilio, allorchè siano cessate quelle circostanze speciali, in vista di cui sia stata fatta; purchè tali circostanze costituiscano il motivo unico o principale che abbia determinate le parti a stipulare la elezione stessa. Così fu deciso che l'elezione di domicilio fatta da un appaltatore del dazio consumo di un Comune, per tutti gli atti giudiziari che potessero occorrere relativamente a quell'appalto ed alle sue conseguenze, aveva cessato di produrre effetto, perchè l'appaltatore avendo mancato agli obblighi suoi, era stato privato dell'amministrazione del dazio, e ad istanza del Municipio erano state dall'autorità competente nominate altre persone per curarne l'esercizio (1).

Ma la morte dell'una o dell'altra delle parti contraenti, o l'essere esercitati i diritti di essa dai creditori, a norma dell'art. 1234 del codice civile, non darebbe luogo a cessare gli effetti della elezione di domicilio, dappoichè — come dimostrammo — essi sono trasmissibili tanto attivamente che passivamente agli eredi ed aventi causa delle parti medesime (2). Questa massima fu consacrata anche dalla giurisprudenza delle nostre Corti (3). Pari-

---

(1) V. Decisione della Corte di cassazione di Torino, 20 gennaio 1870 (*Giur. It.*, XXII, I, 63).

(2) V. sopra, n. 126, p. 384.

(3) V. Decisioni della Corte di cassazione di Napoli, 2 settembre 1867 (*Ann. di Giur.*, II, I, 325); della Corte d'appello di Torino, 3 marzo 1868 (*Giur. It.*, XX, II, 185).

mente non potrebbe dar luogo a quella cessazione il cangiamento di stato, che una delle parti avesse subìto, poichè come il cangiamento di stato non altera i rapporti contrattuali preesistenti a carico od a favore della persona, così non può avere alcuna influenza sulla elezione di domicilio, costituente una clausola integrante, sebbene accessoria, della convenzione (1); del quale principio trovasi pure qualche applicazione nella giurisprudenza (2).

Le regole sovra esposte non vanno soggette a dubbi nè a limitazioni nel caso di elezione di domicilio fatta semplicemente *in un Comune*, talchè *produca soltanto l'effetto di determinare la competenza*, com'è detto nell'art. 40, § 1°, del codice di procedura civile.

E le medesime regole sarebbero pure da estendersi all'altro caso — quantunque a noi sembri sostanzialmente diverso dal precedente — della elezione di domicilio fatta *in una casa* situata in un determinato luogo, ma *senza designazione di persona*. Questa ipotesi veramente non è prevista con alcuna dichiarazione espressa, non solo nella disposizione generale dell'articolo 19 del codice civile, ma neppure in quelle particolarmente concernenti i modi e gli effetti della elezione di domicilio, che si leggono negli articoli 40 e 140 del codice di procedura civile. Anzi da questi ultimi potrebbe apparire che il nostro legislatore avesse considerata l'elezione di domicilio *in una casa determinata*, senza indicazione di persona, come fatta semplicemente *nel Comune* nel cui territorio quella casa si trovi situata, e col solo effetto attribuito appunto all'elezione di domicilio *in un Comune senza indicazione di persona o d'ufficio presso cui si elegge*, cioè col solo effetto *di determinare la competenza;* poichè quando si parla in quegli articoli dell'altro effetto di *potersi eseguire al domicilio eletto le notificazioni relative all'atto per cui si fece la elezione*, si suppone

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 146, nª 19.

(2) V. Decisione della Corte di cassazione di Torino, 30 marzo 1880 (*Annali di Giur.*, XIV, I, 1, 156).

sempre che siasi eletto il domicilio *colla indicazione di una persona o di un uffizio.*

A noi però è sembrato che la elezione di domicilio *in una casa determinata*, sebbene *senza indicazione di persona*, debba produrre eziandio un altro effetto, oltre a quello di determinare la competenza, a norma dell'art. 95 del codice di procedura civile; l'effetto, cioè, di dare facoltà all'altra parte di far eseguire le notificazioni nella casa indicata, come se ivi l'eleggente avesse il suo reale domicilio (1). Vero è che mancando la designazione di persona, non vi sarà chi possa reputarsi sostituito all'eleggente, e rappresentante di lui pel ricevimento degli atti che vengano notificati; ma le notificazioni potranno nondimeno eseguirsi nella casa in cui fu eletto il domicilio, consegnando la copia dell'atto al portinaio o ad un vicino, com'è disposto nell'articolo 139, § 5°, del codice di procedura civile. Così ritenevasi dalla dottrina francese, nè si scorgono motivi per attribuire una diversa intenzione al legislatore nostro, quantunque l'ipotesi della elezione di domicilio fatta in una casa determinata, senza indicazione di persona, non sia stata da esso prevista; mentre poi l'art. 140 dello stesso codice — applicabile non solo alla notificazione delle citazioni, ma a quella ancora di qualsiasi atto, che debba essere significato alla parte personalmente, secondochè è dichiarato nell'art. 39 — dice bensì che quando il convenuto abbia eletto domicilio, con indicazione della persona o dell'uffizio, *la citazione può essere notificata alla persona o all'ufficio presso cui fu eletto il domicilio*, ma non esclude che mancando la indicazione della persona o dell'uffizio, e non essendovi quindi alcuno a cui si possa fare personalmente la notificazione, come sostituito all'eleggente e suo procuratore speciale a quest'uopo, si possano tuttavia notificare le citazioni e gli altri atti *nella casa* in cui la parte ha domicilio elettivo.

---

(1) V. sopra, n. 126, p. 383.

Con tutto ciò, poichè le regole sopra dimostrate pel caso di domicilio eletto in un Comune, dipendono dal carattere puramente contrattuale della elezione stessa, e poichè tale carattere è non meno proprio anche di quella che sia fatta in una casa situata in un luogo determinato, non sembra da dubitarsi che le regole predette siano da estendersi parimente a questo caso. Solo sono da aggiungersi altre cause, dalle quali può pure derivare la necessaria cessazione dell'effetto della elezione relativo alla notificazione degli atti, cioè quando la casa in cui si fosse eletto domicilio, fosse stata distrutta o rimasta disabitata; stante la materiale impossibilità, che allora si verificherebbe, di eseguire in quel luogo le notificazioni stesse. Tuttavia, cessando allora questo speciale effetto relativo alle notificazioni, rimarrebbe sempre l'altro di potersi proporre le azioni davanti l'autorità giudiziaria del luogo dove si trovasse situata la casa nella quale fosse stato eletto il domicilio.

L'elezione di domicilio presso un determinato ufficio contiene implicito un mandato, conferito a chi regga e rappresenti quell'ufficio, pel ricevimento degli atti da notificarsi all'eleggente. E come il mandato si estingue anche per la morte del mandatario, così cessa parimente l'efficacia della elezione presso un ufficio qualora questo venga a mancare. Ciò però deve intendersi limitatamente al caso di vera ed assoluta soppressione dell'ufficio presso cui sia stata fatta la elezione (1).

I cangiamenti di sede dell'ufficio, il mutamento delle persone destinate a reggerlo, le modificazioni per quanto sostanziali nell'ordinamento dell'ufficio medesimo, la stessa surrogazione di ufficio ad ufficio nelle attribuzioni che spettavano a quello presso cui erasi eletto domicilio, non distruggerebbero gli effetti della elezione (2).

---

(1) V. Decisione della Corte d'app. di Bologna, 1° agosto 1873 (*Rivista Giuridica*, I, 264).

(2) V. Decisione della Corte di cassazione di Torino, 15 gennaio 1879 (*Annali di giur.*, XIII, t. I, 490).

Fermata la massima che per l'assoluta soppressione dell'ufficio presso cui ebbe luogo l'elezione, di questa pure debbano ritenersi cessati gli effetti; altre questioni però si presentano. Cessano in tal caso tutti gli effetti della elezione di domicilio, quello compreso della determinazione della competenza, o cessa quello solo relativo alle notificazioni occorrenti per l'affare che diede luogo alla predetta elezione? Per quest'ultimo rapporto rimane però tenuto l'eleggente a fare una nuova elezione di domicilio in luogo soggetto alla medesima giurisdizione? Nel frattempo, finchè questa nuova elezione non avvenga, le notificazioni debbono farsi al domicilio generale della parte, o possono farsi tuttora nel luogo ov'era stata fatta la precedente elezione? Se non che essendovi luogo a questioni identiche anche nel caso in cui la elezione di domicilio sia fatta presso una persona individualmente determinata, e per risolverle dovendosi ricorrere agli stessi principii, ci riserbiamo di discuterle trattando appunto della cessazione degli effetti derivanti dall'elezione di domicilio presso una persona determinata. Basti frattanto l'avere accennato che la cessazione dell'ufficio presso il quale sia stato eletto domicilio può essere causa d'estinzione almeno parziale degli effetti di quella elezione, come può esserne causa la morte della persona individualmente determinata presso cui l'elezione sia stata fatta; e che in questo senso, e per questi casi speciali, la causa predetta va quindi aggiunta alle comuni per le quali gli effetti della elezione di domicilio possono cessare, vale a dire a quelle consistenti nel mancare lo scopo pel quale l'elezione erasi fatta, e nella revocazione. Rispetto a quest'ultima giova però avvertire che anche per l'elezione di domicilio presso un ufficio, come per quella presso una persona individualmente determinata, la revocazione, per produrre la cessazione completa di tutti gli effetti della elezione medesima, avrebbe bisogno di essere concordata dalle parti, e che per sola volontà dell'eleggente

potrebbe essere sostituito un altro ufficio a quello in cui aveva contrattualmente eletto il domicilio — purchè fosse in luogo soggetto alla medesima giurisdizione — ma non potrebbesi ridurre l'altra parte a non poter più eseguire le notificazioni che nel domicilio generale dell'eleggente, e tanto meno poi privarla della facoltà di proporre le sue azioni davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui il domicilio era stato eletto; nè avrebbe alcuna efficacia la significazione che si facesse della revocazione della elezione di domicilio presso l'ufficio designato nel contratto, qualora non fosse contemporaneamente dichiarata l'elezione presso un ufficio diverso od un'altra determinata persona (1).

Ciò che dicemmo finora della elezione di domicilio presso un determinato ufficio, è completamente comune all'altro caso in cui sia stato eletto il domicilio presso una persona nominatamente indicata, ma *per ragione di uno speciale ufficio* ch'essa eserciti; poichè è da presumersi allora che *la considerazione dell'ufficio* sia stata la principale determinante. Perciò fu ritenuto che la elezione di domicilio fatta presso una persona, per cagione delle funzioni ufficiali che esercita, continua nel di lei successore nell'ufficio (2).

Un altro modo in cui può avvenire l'elezione di domicilio, è quando essa si faccia presso una persona individualmente determinata; sia poi che nell'atto della elezione sia stato indicato, o no, un particolare ufficio esercitato dal domiciliatario; qualora la considerazione di questo ufficio non sia stato il motivo unico o principale che abbia determinata la volontà dell'eleggente, da interpretarsi dai giudici del merito mediante l'applicazione delle norme comuni relative ai contratti.

Dimostrammo nei numeri precedenti come in questa

(1) V. sopra, n. 127, p. 388.
(2) V. Decisioni della Corte di cassazione di Torino, 15 gennaio 1879 (*Annali di giur.*, XIII, 1, I, 490).

speciale maniera di elezione domiciliare si riscontrino i caratteri di un vero *mandato* per ciò che riguarda i rapporti tra l'eleggente ed il domiciliatario, e si abbiano invece i semplici caratteri ordinari di una clausola accessoria d'una convenzione, per ciò che concerne i rapporti reciproci tra le parti contraenti (1). Dimostrammo pure come gli effetti di tale elezione, quanto al primo degli ora detti ordini di rapporti, siano appunto quelli, e non altri, che derivano dal mandato; ma quanto ai rapporti coi contraenti, codesto modo di elezione di domicilio abbia un duplice oggetto, cioè primieramente la *prefissione d'un luogo* in cui l'eleggente sia da reputarsi domiciliato per quanto concerna la competenza dell'autorità giudiziaria davanti a cui possa essere tratto, e le notificazioni relative all'esecuzione dell'atto pel quale fece l'elezione di domicilio; e secondariamente la *designazione d'una persona* a cui conferisce mandato per rappresentarlo nel ricevere le notificazioni predette. Ora è indubitabile che le cause comuni, per le quali ogni mandato finisce, dovranno pure produrre la estinzione di quello conferito dall'eleggente al domiciliatario (art. 1757, cod. civile); e che perciò la revocazione fatta dall'eleggente, la rinunzia del domiciliatario al mandato conferitogli, e la morte di lui, porranno fine alla rappresentanza che egli aveva dell'eleggente stesso relativamente alle notificazioni degli atti che avrebbero dovuto essergli significati personalmente. Similmente se l'eleggente revochi la designazione che aveva fatta d'un determinato ufficio per la notificazione degli atti, o se questo ufficio rimanga assolutamente soppresso, dovrà per analogia, come precedentemente accennammo, reputarsi finito il mandato, che a chi reggesse o rappresentasse quell'ufficio era da ritenersi conferito pel ricevimento degli atti medesimi. È certo poi altrettanto che l'estinzione del mandato nei casi predetti non potrà mancare d'influenza anche sui

(1) V. sopra, n. 126, p. 382, n. 127, p. 385.

rapporti delle parti stesse contraenti; inquantochè quella di esse, a cui benefizio era stata fatta l'elezione, non potendo più considerare l'altra come rappresentata a titolo di mandato dalla persona o dall'uffizio domiciliatario, non potrà neppur eseguire più validamente presso quella persona o quell'uffizio le notificazioni che le occorra di dover fare. Ma saranno da ritenersi parimente cessati fra le parti tutti gli effetti della elezione di domicilio, anche per quanto riguarda la determinazione di competenza dell' autorità giudiziaria, e la determinazione *del luogo* in cui possano farsi le notificazioni? È a questo punto che si riferivano i tre quesiti superiormente proposti, e che riservammo, come comuni tanto all'elezione di domicilio presso un uffizio, quanto a quella che sia fatta presso una persona individualmente determinata.

Chiedevasi, in primo luogo, se per la estinzione del mandato conferito alla persona od all' ufficio domiciliatario, dovrebbe reputarsi cessato anche l'effetto della competenza attribuita all'autorità giudiziaria del luogo di domicilio eletto? Di ciò parlammo già per quanto poteva concernere la causa di estinzione del mandato consistente nella *revocazione;* e vedemmo la impossibilità di ammettere che sia lecito all'eleggente distruggere con tal mezzo il diritto acquisito contrattualmente dall'altra parte, di poter proporre le proprie azioni davanti l'autorità giudiziaria competente in ragione del luogo dove il domicilio era eletto (1). Ma nemmeno rispetto alle altre cause di estinzione del mandato, consistenti nella rinunzia del domiciliatario, o nella morte di lui, ci sembra che i dubbi possano essere guari più gravi. La competenza, infatti, attribuita dalla legge all' autorità giudiziaria sulla base della elezione di domicilio, è affatto indipendente dal mandato conferito al domiciliatario, nè per essere attuata ha punto bisogno del sussidio della esecuzione di quel mandato. Ciò è tanto

---

(1) V. sopra, n. 127, p. 395, 396.

vero, che l'art. 40 del codice di procedura civile ammette potersi eleggere domicilio semplicemente *in un Comune, senza indicare la persona o l'ufficio presso cui si elegge*, e nondimeno attribuisce a tale elezione *l'effetto di determinare la competenza*. L'avere rinunziato o l'esser morta la persona, o l'essere stato soppresso l'uffizio presso cui erasi fatta l'elezione, renderà impossibile notificare a quella persona o in quell'uffizio la citazione e gli altri atti che dovrebbero significarsi all'eleggente in persona od al domicilio generale di lui; ma non rende impossibile di proporre l'azione davanti l'autorità giudiziaria del luogo di domicilio speciale. Conforme a queste idee è la disposizione dell'art. 95 del codice di procedura civile, dove la competenza dell'autorità giudiziaria del luogo in cui fu eletto il domicilio è proclamata in modo generale ed assoluto, senza distinguere se il mandato contenuto nella elezione stessa sussista ancora, o sia estinto per rinunzia o per morte della persona, o per soppressione dell'ufficio presso cui l'elezione era stata fatta; distinzione questa, che troviamo invece espressamente contemplata nell'art. 140 del codice stesso, dove si parla *della notificazione delle citazioni*.

Nel senso di questa massima fu stabilito da più sentenze che la morte del domiciliatario non rende inefficace la elezione di domicilio (1).

Il secondo quesito, che proponemmo, riguarda il potersi, o no, costringere l'eleggente, in caso di rinunzia o di morte del domiciliatario — e parimente in caso di soppressione dell'uffizio in cui era stata fatta l'elezione — a designare altra persona od altro uffizio in luogo soggetto alla medesima giurisdizione. Intorno a ciò le opinioni degli autori francesi erano concordi per l'affermativa (2), nè crediamo

(1) V. Decisioni, 2 settembre 1867, della Corte di cassazione di Napoli (*Annali di giur.*, 1, I, 325); della Corte di cassaz. di Palermo, 20 marzo 1867 (*Giurisp. Ital.*, XIX, 1, 190); della Corte d'app. di Catania, 18 aprile 1876 (*Giorn. dei Trib.*, V, 634).

(2) V. Marcadé, art. 111, § 4, t. I, n. 331; Zachariae, t. I, § 146, nª 13; Demolombe, t. I, n. 372, 2°; Aubry e Rau, t. I, § 146, nª 26.

potersi adottare una risoluzione diversa per noi. Vero è che nel nostro codice non troviamo alcuna disposizione espressa, in cui sia dichiarato un simile obbligo a carico dell'eleggente; e che nei casi di cui ora parliamo — a differenza di quello di revocazione del mandato conferito al domiciliatario — non dipende da fatto dell'eleggente la estinzione del mandato predetto. Ma, indipendentemente da tutto ciò, bastano i principii generali di diritto per doverne indurre la necessità che la parte, la quale per l'esecuzione del contratto abbia eletto domicilio presso una persona che poi abbia rinunziato al mandato, o sia morta, ovvero presso un ufficio che sia poi stato soppresso, debba scegliere tosto un'altra persona od un altro ufficio, presso cui stabilisca il domicilio elettivo. È estinto il mandato che questa parte, nel proprio particolare interesse, e per fiducia personale, aveva conferito a quella determinata persona od ufficio per rappresentarla nel ricevere le notificazioni occorrenti per l'esecuzione del contratto; ma non cessano per questo gli effetti e le obbligazioni del contratto, del quale fa parte integrante la clausola di elezione di domicilio, con cui l'altro contraente stipulò dall'eleggente che questi dovesse per l'esecuzione del contratto medesimo avere domicilio speciale in un determinato luogo, non solo per la determinazione della competenza dell'autorità giudiziaria da potersi adire, ma eziandio per la notificazione di tutti gli atti occorribili. Libero l'eleggente di scegliere la persona o l'ufficio in cui gli piaccia di collocare la sua fiducia pel mandato da conferirgli; libero anche di sostituire ufficio a persona, o persona ad ufficio; non può però privare l'altra parte del diritto acquistato per contratto ad esigere ch'egli si faccia rappresentare nel luogo determinato dalla convenzione pel ricevimento di tutti gli atti che occorra di notificargli; senza di che la parte stessa non avrebbe forse consentito al contratto. “ Non è dubbio — “ disse giustamente il *Demolombe* — che la parte in cui “ favore l'elezione ebbe luogo, ha il diritto di esigere

“ l'esecuzione di questa clausola, come di tutte le altre del
“ contratto; di *esigere quindi che l'altra parte abbia sempre,*
“ *qualunque cosa avvenga, un domicilio eletto nel luogo deter-*
“ *minato colla convenzione;* ed è in questo senso il detto del
“ *Bacquet*, che *il domicilio, in questo caso, è piuttosto reale*
“ *che personale* „.

Il terzo quesito proposto concerne i rapporti tra le parti in ordine alle notificazioni occorrenti per la esecuzione del contratto, nell'intervallo tra la rinunzia o la morte del domiciliatario o la soppressione dell'ufficio, e la designazione, che l'eleggente è tenuto a fare, d'altra persona o d'altro ufficio, presso cui stabilisca il domicilio speciale. E su questo punto gli autori francesi non erano concordi.

Vi fu chi insegnò che “ quando la persona, presso cui
“ fu eletto il domicilio, rifiuti il mandato conferitole, *o vi*
“ *rinunci, o muoia, o tale mandato finisca per qualunque altra*
“ *causa*, la parte è obbligata ad eleggere domicilio presso
“ un'altra persona del medesimo luogo; e l'*adempimento*
“ *forzato di questa obbligazione si richiede al foro del domi-*
“ *cilio generale* „ (1). Ciò era quanto dire che nell'intervallo l'effetto della elezione contrattuale di domicilio, rispetto alla competenza dell'autorità giudiziaria, ed alla notificazione degli atti, rimanesse sospeso. Questa conclusione fu però combattuta da altri, che reputarono contrario alla presunta intenzione dei contraenti l'imporre alla parte, in cui benefizio l'elezione di domicilio era stata fatta, questa necessità di portare intanto al foro del domicilio generale dell'altro contraente l'azione per costringerlo a fare una nuova elezione. Secondo l'opinione di questi autori, sarebbe da ritenersi avere inteso i contraenti che il mandato contenuto nella primitiva elezione di domicilio non potesse cessare, se non quando un'altra ne fosse sostituita, e che frattanto lo stesso mandatario prima designato, o i suoi eredi, fossero obbligati ad adempiere l'inca-

---

(1) V. Zachariae, t. I, § 146 in fine.

rico avuto con quella prima elezione (1). Talchè nel frattempo non solo le istanze, che accadesse di dover proporre, potrebbero essere portate davanti l'autorità giudiziaria competente in ragione del domicilio elettivo, ma — come si esprimeva uno dei predetti autori — " la parte, nel cui " interesse fosse stato eletto il domicilio, potrebbe sempre, " nonostante la rinunzia o la morte del domiciliatario, fare " le notificazioni a questo domicilio, finchè non gli fosse " significata una nuova elezione presso un'altra persona ".

Nel diritto positivo nostro la questione trovasi risolta testualmente nel senso della prima delle surriferite opinioni. Non parliamo della competenza dell'autorità giudiziaria, rispetto a cui già dimostrammo, rispondendo al primo quesito, non poter avere alcuna influenza la estinzione del mandato conferito dalla parte alla persona od all'ufficio presso cui elesse il domicilio. Ma per quanto riguarda la notificazione degli atti, l'art. 140 del codice di procedura civile dispone nel secondo paragrafo che " se la persona presso cui fu fatta l'elezione di domi- " cilio . . . . . fosse morta o fosse cessato l'uffizio presso " cui ebbe luogo la elezione, la citazione si eseguisce " *come se la elezione non fosse stata fatta* " cioè si notifica alla persona del convenuto (art. 135, cod. proc. civile), o non potendolo, nella casa in cui egli ha residenza, o se la residenza non sia conosciuta, al domicilio (art. 139, cod. proc. civile). E ciò che è detto per la citazione, è applicabile pure alla notificazione di qualunque altro atto (art. 39, codice proc. civile). Da ciò risulta chiarissimo essere stata dal legislatore nostro respinta l'idea di riguardare come sussistenti ancora tutti gli effetti della elezione dopo che sia cessato per morte o per altra causa il mandato conferito al domiciliatario; ed essere invece stata accolta l'opinione opposta, che fino a quando non sia fatta dalla parte la scelta di altra persona o di altro

---

(1) V. Demolombe, t. I, n. 372, 2°; Aubry e Rau, t. I, § 146, n° 26.

ufficio, presso cui stabilisca il domicilio speciale convenuto, debbano rimanere sospesi gli effetti della elezione per ciò che riguarda la notificazione degli atti, e bisogni ricorrere al domicilio generale della persona.

A questa massima è conforme la disposizione dell'articolo 1999, § 3°, del codice civile; dove, in ordine alle iscrizioni ipotecarie, è statuito che " se fosse morta la persona " o cessato l'uffizio presso cui il domicilio erasi eletto, le " citazioni e notificazioni possono farsi all'uffizio delle ipo-" teche presso cui la iscrizione fu presa „.

Qui veramente non si ammette che le citazioni e notificazioni, a cui le iscrizioni ipotecarie possono dar luogo contro i creditori, si debbano fare necessariamente al domicilio generale di ciascuno di loro. Sarebbe stato questo un troppo grave e dannoso inceppamento al pronto e regolare procedimento delle azioni, che contro i creditori bisognasse intentare. Perciò la legge ha sostituito essa stessa al domicilio elettivo l'uffizio delle ipoteche in cui la iscrizione fu presa. Ma, ad ogni modo, ne risulta incontestabilmente condannata la massima insegnata da una parte della dottrina francese; che dovesse agirsi ancora al domicilio elettivo, come se non fosse cessato, fino a che se ne eleggesse un altro.

Così fu sentenziato che dagli articoli 40 e 140 del codice di procedura civile " si ha che l'effetto della ele-" zione di domicilio può essere doppio: l'uno *attributivo* di " competenza all'autorità giudiziaria del domicilio eletto, " per le controversie riguardanti quell'atto, e per le quali " ne sarebbe, per ragione di territorio, incompetente; " l'altro *indicativo* del luogo in cui si debbono intimare " la citazione e le notificazioni, che si riferiscono all'atto " per cui si fece la elezione. Però fra questi due effetti " corre questa essenziale differenza, che il primo effetto, " l'attribuzione di competenza, conserva la sua efficacia " finchè dura lo scopo pel quale si fece la elezione, e " quindi continua anco fra gli eredi, perchè l'attore potrà

“ sempre istituire un giudizio presso l'autorità giudiziaria
“ del domicilio eletto, facendo citare avanti la medesima
“ il convenuto, ma nelle forme e nei modi stabiliti dal
“ rito comune. Non così in quanto al secondo effetto,
“ cioè indicativo del luogo in cui debbono eseguirsi le
“ notificazioni; questo invece cessa colla morte della per-
“ sona, o colla cessazione dell'uffizio (art. 140, proc. e
“ 1757, cod. civile) presso cui ebbe luogo la elezione di
“ domicilio, perchè la persona o l'uffizio indicati s'inten-
“ dono costituiti mandatari a ricevere tali notificazioni
“ relative all'atto per cui si fece la elezione „ (1).

Una massima contraria professammo in questo stesso numero e nei due precedenti, relativamente al caso di cessazione degli effetti della elezione per la revocazione fatta dall' eleggente del mandato che aveva conferito al domiciliatario. Ritenemmo infatti in tal caso che la revocazione, ancorchè notificata all'altra parte, nel cui interesse era stata fatta la elezione, non valga a far cessare gli effetti di questa neppur quanto alla facoltà di notificare gli atti al domicilio elettivo, se non quando l'eleggente notifichi pure all'altra parte la nomina d'altra persona o d'altro ufficio in sostituzione del domiciliatario revocato. Ma la differenza tra le due soluzioni è facilmente giustificabile. Quando il mandato conferito al domiciliatario cessa per un fatto, qual'è la revocazione, che dipende esclusivamente dalla volontà dell'eleggente, è naturale e giusto che questi sia obbligato in virtù del contratto a non privare l'altra parte dello stipulato vantaggio del domicilio di elezione, e sia perciò vincolato a non potere revocare l' elezione primitiva senza sostituirvene un'altra, che abbia per l'altra parte identici effetti. Imputi egli a sè stesso se omettendo questa diligenza, revocando la designazione che aveva fatta di una persona

---

(1) V. Decisione della Corte d'app. di Palermo, 27 gennaio 1882 (*Giurisprudenza It.*, XXXIV, II, 319).

o di un ufficio per ricevere le notificazioni degli atti, senza curarsi di indicare nello stesso tempo a tal uopo un'altra persona od un altro ufficio, si espone, a fronte dell'altra parte contraente, a veder questa agire validamente come se la revocazione non fosse avvenuta. Altrettanto non può dirsi allorchè l'estinzione del mandato avvenga per cause indipendenti dalla volontà dell'eleggente, quali sono la rinunzia o la morte della persona, o la soppressione dell'ufficio presso cui era stata fatta la elezione. La diversità dei due casi permette così due risoluzioni in senso opposto.

In questo argomento, della elezione di domicilio presso una persona o presso un ufficio determinato, rimane a fare un'altra osservazione importante. Poichè una simile elezione di domicilio non reca soltanto la designazione di un luogo per determinare la competenza dell'autorità giudiziaria avanti cui possano proporsi le azioni, e per le notificazioni degli atti relativi all'affare per cui la elezione si fece, ma contiene altresì un mandato conferito alla persona od all'uffizio designati pel ricevimento degli atti notificati; e poichè su questo mandato non potrebbe, com'è evidente, avere per sè alcuna influenza il cangiamento che il mandatario facesse del domicilio proprio, od il cangiamento di sede dell'uffizio; è conseguente pertanto che le sole circostanze di tali cangiamenti non bastino a produrre la cessazione degli effetti della elezione, salvo che vi si aggiungano le altre circostanze, che il domicilio sia stato eletto presso quella data persona od uffizio in considerazione del luogo in cui risiedeva, anzichè della persona stessa o della qualità dell'uffizio, ovvero che il nuovo domicilio del domiciliatario o la sede dell'uffizio sia stata trasferita in luogo soggetto ad altra giurisdizione. Verificandosi queste ultime circostanze, non potrebbesi ritenere trasferito il domicilio elettivo nel luogo dove il domiciliatario avesse portato il proprio, od in cui l'uffizio avesse stabilita la nuova sua sede, perchè si of-

fenderebbe la volontà, se non altro, presunta delle parti; e d'altro lato non potendosi neppure reputar mantenuto il domicilio elettivo, per ciò specialmente che riguarda le notificazioni degli atti, nel luogo in cui era prima stabilito, mancandovi la persona a cui quelle notificazioni potessero farsi, diverrebbe una necessità riguardare come cessati gli effetti della precedente elezione, e si farebbe luogo ad esigere dall'eleggente la designazione di altra persona o di altro uffizio. Ma se non risulti che la elezione sia stata fatta in considerazione del luogo, anzichè della persona del domiciliatario, come in generale è da presumersi, e se il luogo in cui abbia trasferita la sede principale dei proprii affari il domiciliatario, o la sede sua l'uffizio, sia soggetto alla medesima giurisdizione, di guisa che il cangiamento non arrechi alcun pregiudizio alla parte nel cui interesse era stata fatta la elezione, il domicilio speciale dell'eleggente sarà sempre presso quella persona o quell'uffizio (1). In questo senso fu deciso con più sentenze che “ il semplice cangiamento di domicilio “ di colui, nella cui abitazione era stato da uno dei con- “ traenti eletto il proprio domicilio, non può essere suf- “ ficiente a rendere inefficace la elezione; il che sarebbe “ contrario ai principii che regolano le contrattazioni, e “ somministrerebbe un mezzo assai facile per eludere un “ patto, senza del quale non di rado non si deverrebbe “ alla contrattazione „ (2).

Un ultimo modo, in cui può farsi la elezione di domicilio, è quando essa venga stabilita per contratto nel luogo stesso del domicilio generale della parte (3). Ma è manifesto non potervi essere in tal caso altra causa di cessazione degli effetti di questa elezione — la quale ha per iscopo di dare

(1) V. Marcadé, art. 111, § IV, t. I, n. 332.
(2) V. Decisioni della Corte di cassazione di Palermo, 20 marzo 1867 (*Giur. It.*, XIX, I, 190); della Corte di cassazione di Torino, 21 dicembre 1866 (*Giur. It.*, XIX, I, 923).
(3) Vedi sopra, n. 121, p. 356.

stabilità, per gli effetti della esecuzione del contratto, al domicilio già spettante alla parte — fuorchè l'adempimento completo delle obbligazioni contrattuali, e la conseguente cessazione dello scopo medesimo di quella elezione, ovvero la revocazione che ne venga fatta *per mutuo consenso dei contraenti*.

Per ciò che riguarda il secondo ordine dei rapporti ricordati in principio di questo numero, quelli cioè che intercedono tra l'eleggente ed il domiciliatario, la determinazione delle cause che possono dar luogo alla cessazione degli effetti della elezione di domicilio, non presenta difficoltà. Considerato il solo aspetto di questi speciali rapporti, trattasi semplicemente di un mandato conferito dall'eleggente al domiciliatario; epperò le cause stesse che producono generalmente la estinzione del mandato, possono congruamente dar luogo alla cessazione degli effetti della elezione; non escluse la *revocazione*, che l'eleggente può sempre fare del mandato stesso, e la *rinunzia*, che d'altro lato è sempre in facoltà del domiciliatario.

TITOLO III.

DEGLI ASSENTI

NOZIONI GENERALI

SOMMARIO. — 129. Nozione dell'*assenza*. — 130. Confronto colla semplice *non presenza*. — 131. Importanza della materia. — 132. Cenni storici. — 133. Ordinamenti e principii fondamentali adottati dal codice civile italiano. — 134. Se ed in quali stadi dell'assenza abbiasi una vera presunzione legale di vita o di morte dell'assente. — 135. Nell'interesse di chi siano introdotti i provvedimenti legislativi pei varii periodi dell'assenza. — 136. Se la dichiarazione d'assenza faccia luogo ad un'apertura provvisoria della successione dell'assente. — 137. Se l'immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente costituisca a favore degli eredi di lui testamentari o legittimi un vero diritto reale. — 138. In qual senso debba intendersi la parola *assenza*, che si trovi usata sola nelle disposizioni della legge.

129. — Il concetto fondamentale dell'*assenza*, secondo il significato speciale che si attribuisce in diritto a questa parola, ci è dato colla più perfetta esattezza dalla legge romana, parlando di colui *qui ita absit, ut ignoretur ubi sit, et an sit* (L. 10, ff. *de ritu nuptiarum*). L'incertezza sulla esistenza della persona, che abbia cessato di comparire nel luogo d'ultimo suo domicilio o d'ultima sua residenza senza più dare notizie di sè, è dunque il carattere distintivo dell'assenza vera e propria.

Intesa in tal modo, l'assenza è un fatto giuridico, che produce effetti importanti e giustificati, in ordine al governo dei beni che l'assente abbia lasciati, ai diritti che si aprano in favore di lui durante l'assenza, allo stato del coniuge, e de' figli soggetti alla sua podestà; ma non può produrne alcuno relativamente allo stato ed alla capacità personale dell'assente stesso.

Il governo del patrimonio di lui reclama le cure e le provvidenze della legge, per l'interesse sociale, affinchè vi sia chi vegli alla conservazione dei beni lasciati dalla persona scomparsa, preservandoli da perdite che ridonderebbero indirettamente a danno generale, ed affinchè d'altra parte que' beni non rimangano, per quanto duri l'assenza, indefinitamente sottratti al commercio; per l'interesse dell'assente stesso, se vive, perchè essendo presumibile che circostanze eccezionali, superiori alla sua volontà, gl'impediscano di dar notizie di sè, e gli rendano impossibile di provvedere all'amministrazione de' propri beni, egli si trova di fatto in una condizione d'incapacità, che giustifica l'intervento della legge a proteggerlo, come protegge i minori e gl'interdetti: per l'interesse dei terzi, i quali abbiano diritti da esercitare relativamente al patrimonio dell'assente, o dipendentemente dalla morte di lui — come i presunti eredi legittimi o testamentari, i legatari, i donanti con patto di riversibilità — o nella ipotesi ancora che l'assente sia tuttora vivo, come si verificherebbe pei creditori di lui, o per coloro che seco partecipassero ad una società civile o commerciale, o ad una comunione di beni.

I diritti eventuali, che possono verificarsi in pro dell'assente, ed in ispecie quelli dipendenti da successioni a cui egli sia chiamato in tutto od in parte, e che siansi aperte durante l'assenza, non possono reputarsi acquisiti da lui, ed esercibili da chi legittimamente lo rappresenti, se non quando la incertezza, che è caratteristica dell'assenza, siasi risolta nella prova somministrata che l'assente abbia vissuto almeno fino al momento in cui quei diritti si aprirono. Frattanto però, e fino a che la incertezza duri, bisogna pure determinar la sorte di ciò che formi oggetto dei diritti spettanti eventualmente all'assente; provvedendo nel medesimo tempo alle ragioni di coloro a cui que' beni debbono in mancanza di lui devolversi, ed alla guarentìa delle ragioni opposte, che nondimeno rimangono all'assente stesso od ai suoi legittimi successori, pel caso che sia pro-

vato esser egli vissuto ancora al momento in cui quei diritti si aprirono.

Sullo stato personale d'uno dei coniugi influisce necessariamente l'assenza dell'altro; comunicandosi allo stato del coniuge presente, quanto a determinare se sia libero o no, quella medesima incertezza che vi è circa la morte o la vita dell'assente. È quindi ufficio del legislatore lo stabilire quando e da chi possa essere impugnato di nullità il matrimonio contratto dal coniuge d'un assente.

Anche lo stato personale dei figli minori di età, soggetti alla patria podestà di un assente, subisce una inevitabile modificazione pel fatto giuridico dell'assenza, che non solo tronca l'esercizio della patria podestà predetta, ma rende incerta la esistenza stessa di essa; epperò qui pure spetta al legislatore di determinare i provvedimenti opportuni acciocchè la rappresentanza, la cura delle persone, e l'amministrazione patrimoniale dei figli lasciati dall'assente in età minorile, non soffrano detrimento.

All'opposto, lo stato e la capacità giuridica della persona stessa che sia assente — stato e capacità di cui non sarebbe possibile parlare, se non supponendo la vita di quella persona — non hanno a riguardarsi come modificati in veruna guisa dal fatto dell'assenza, che presuppone incerta la vita e la morte.

Alcuni autori veramente hanno riguardata l'assenza come costituente una modificazione dello stato stesso della persona; fondandosi sul riflesso che tra i motivi determinanti le disposizioni della legge in questa materia vi sia anche quello della presumibile impossibilità, in cui si trovi l'assente, di provvedere da sè ai propri interessi, e della conseguente ragionevolezza di estendere anche a favore di lui quella protezione, che la legge stessa concede a persone incapaci per altre cause (1). Ma ci sembra che con questo ragionamento si equivochi tra l'incapacità di fatto e la in-

---

(1) V. Ledru-Rollin, *Rép.*, v° *Absence*, n. 1; Demolombe, t. II, n. 1, 1°.

capacità di diritto; tra quella che è semplicemente il motivo dei provvedimenti dati dal legislatore, e quella che si suppone essere creata dalla disposizione della legge, come effetto dell'assenza. Data l'ipotesi che l'assente sia vivo — e bisogna imprescindibilmente supporlo per poter parlare di stato e di capacità di lui — non vi è ragione alcuna per modificarne lo stato personale o limitarne la capacità. Se presumibilmente egli versa in circostanze eccezionali, che gl'impediscano di governare da sè, o col mezzo di rappresentanti da lui eletti, le proprie sostanze; ed a voler anche considerare questa condizione di cose come equivalente ad una incapacità; sarà in ogni caso una *incapacità di fatto, che darà fondamento alle disposizioni della legge* in favore dell'assente; ma non mai una *incapacità di diritto, che sia effetto di tali disposizioni.*

130. — L'*assenza* vera, avente i caratteri sopra enunciati, differisce dunque notevolmente dalla semplice *non presenza*. Questa sarebbe talora possibile, non ostante il concorso degli elementi, che secondo il disposto dell'articolo 20 del codice civile possono far luogo alla *presunzione dell'assenza* — cioè la scomparsa della persona dal luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza, e la mancanza di notizie di lei — qualora altre particolari circostanze di fatto, tra cui specialmente la brevità del tempo trascorso, non lasciassero motivo ragionevole di dubitare della esistenza della persona mancante, e togliessero così ciò che è carattere distintivo dell'assenza propriamente detta, cioè la incertezza della vita. Più manifestamente ancora sarebbe caso di semplice *non presenza* quello in cui la persona non potesse dirsi *scomparsa* dal luogo di suo domicilio o di sua residenza, ma se ne fosse allontanata pubblicamente, ancorchè non ne fossero noti i motivi, nè si conoscesse il luogo di residenza attuale di lei; o quello in cui, dopo la scomparsa della persona, ne fossero giunte notizie e se ne sapesse la residenza attuale. Può inoltre

accadere che taluno, senza avere abbandonato il proprio domicilio o la propria residenza abituale, non si trovi in un determinato luogo in cui avrebbe ad adempiere certe obbligazioni, o ad esercitare certi diritti; e questi pure sono così di una *non presenza relativa*, sebbene anche rispetto ad essi la legge adoperi talora in più largo senso la parola *assenza* (art. 255, cod. civ., 848, n. 8, 849, n. 1, proc. civ.). Senonchè in queste ultime ipotesi la legge stabilisce sanzioni particolari a carico di chi, dovendo intervenire personalmente in un determinato luogo, manchi alla propria obbligazione, e provvedimenti speciali destinati a guarentire gli interessi di coloro che non si trovino nel luogo ove abbiano a compiersi operazioni in cui tali interessi possano essere compromessi, come si scorge nelle disposizioni surricordate; mentre la legge stessa non parla affatto della *non presenza*, intesa nel senso generale di allontanamento d'una persona dal luogo di suo domicilio o di sua residenza abituale, senzachè però l'esistenza di questa persona sia incerta.

E nel silenzio della legge a questo riguardo, è indubitabile che le disposizioni di essa, concernenti l'assenza vera e propria, sia pur quella solamente presunta, non sono di pieno diritto applicabili alla semplice non presenza; sia perchè i motivi di quelle disposizioni si fondano tutti sulla incertezza della esistenza della persona, incertezza che qui non si suppone verificarsi; sia perchè, anche data la identità dei motivi, non sarebbe ammissibile l'argomentazione di analogia per estendere disposizioni d'indole eccezionale, quali sono quelle che pei casi di vera assenza derogano al principio, secondo cui trattandosi di persona maggiore di età e capace non è lecito intervenire nell'amministrazione dei beni di lei, per quanto essa trascuri i propri interessi. I lavori preparatorii del codice italiano non lasciano infatti alcun dubbio intorno all'intendimento di limitare alla sola assenza vera e propria le disposizioni scritte sotto il titolo *degli assenti* (1). Nondimeno in casi gravi e di urgenza, nei

(1) V. Relazione Vigliani, p. 18.

quali si presentasse la necessità di provvedimenti speciali per conservare determinati beni di una persona lontana dal luogo di suo domicilio o di sua residenza abituale, e non rappresentata legittimamente da un suo procuratore, sembrerebbe ammissibile che, *sulle istanze di persone aventi interesse legittimo alla conservazione di quei beni*, potesse l'autorità giudiziaria ordinare quei provvedimenti che fossero riconosciuti rigorosamente indispensabili. Tale almeno è la massima che reputiamo preferibile in mezzo alla notevole discordia di opinioni suscitatasi intorno a questo punto.

Alcuni autori insegnarono che i provvedimenti ammessi dalla legge per la presunta assenza siano ugualmente applicabili anche alle persone semplicemente *non presenti;* ma taluno generalizzò questo principio, escludendo qualunque distinzione (1); mentre altri lo limitò a coloro di cui sia certa l'esistenza, ma *se ne ignori la residenza attuale* (2).

Secondo una teoria assolutamente opposta, i provvedimenti permessi dalla legge pei casi di assenza presunta non potrebbero mai aver luogo in quelli di semplice non presenza (3).

Una dottrina intermedia riconosce in massima che alla semplice non presenza non siano applicabili di pien diritto le disposizioni di legge concernenti l'assenza anche solo presunta; ma tuttavia ritiene che " i tribunali possano, se-" condo le circostanze, ordinare, *nell'interesse delle persone* " *lontane dal loro domicilio o dalla loro residenza*, quei prov-" vedimenti speciali che riconoscano necessari alla conser-" vazione dei beni di tali persone " (4).

A noi non sembra che si possa andar più oltre di quanto

---

(1) V. Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. 1, p. 255.
(2) V. Zachariæ, t. I, § 147, n[a] 6.
(3) V. Dalloz, *Rép.*, v° *Absent*, n. 33, 1°; Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. II, n. 118.
(4) V. Demolombe, t. II, n. 18; Aubry e Rau, t. I, § 147, n[a] 4.

accennammo, senza offendere il principio che vieta, come arbitraria e lesiva della libertà spettante a qualunque proprietario giuridicamente capace, nel governo de' propri beni, ogni ingerenza che si assumesse nell'amministrazione di questi. Reputiamo giustissima l'osservazione degli autori citati da ultimo, che in ogni caso i provvedimenti dell'autorità giudiziaria dovessero essere *speciali*, nè potessero mai estendersi fino " a nominare un curatore incaricato di " rappresentare in modo generale la persona, non assente " nel senso vero e proprio della parola, ma semplicemente " lontana dal suo domicilio o dalla sua residenza „. Ciò equivarrebbe infatti a creare arbitrariamente uno stato d'incapacità giuridica non stabilito dalla legge. Ma pensiamo che una ragione non dissimile possa pure allegarsi ancorchè si tratti di provvedimenti meramente speciali aventi per iscopo la conservazione di determinati beni della stessa persona, qualora tali provvedimenti siano invocati *nel solo interesse di lei*; poichè il sostituirsi alla persona lontana nel dare disposizioni relative al governo dei suoi beni, è pur sempre trattarla al pari d'un incapace, e violare la libertà, che deve spettarle piena ed esclusiva nell'amministrazione del proprio patrimonio. Se anche il caso potesse dirsi analogo a quello dell'assente propriamente detto, non per questo sarebbe lecito argomentare dalle disposizioni di legge in materia di assenza presunta, essendo esse d'indole eccezionale. Ma poi l'analogia non sussiste; giacchè nel caso di assenza vera, essendo incerta l'esistenza della persona, è impossibile aspettarsi da questa che diriga il governo de' propri beni, e tale impossibilità ha potuto essere equiparata ad una *incapacità di fatto*, giustificante i provvedimenti ammessi dalla legge; mentre nel caso di semplice non presenza, quando è ritenuta certa l'esistenza della persona — si sappia poi o s'ignori la residenza attuale di lei — una simile impossibilità non sussiste affatto. Ritenendo l'analogia, bisognerebbe logicamente ammettere, col *Proudhon* e col *Zachariae*, che le disposizioni relative

all'assenza presunta fossero sotto questo aspetto applicabili nella loro interezza anche alla semplice non presenza; e che quindi i provvedimenti per la conservazione dei beni della persona lontana potessero essere invocati da chiunque avesse un interesse anche soltanto eventuale, anche dai presunti eredi, anche dal Ministero pubblico. Ma chi vorrebbe ammettere che pel semplice allontanamento d'una persona dal suo domicilio gli eredi presunti di lei potessero immischiarsi nell'amministrazione dei beni della persona stessa, e chiedere ed ottenere provvedimenti per conservarli? Lo stesso signor *Demolombe* rifuggiva da questa conclusione; l'ammetteva invece pel Ministero pubblico. Ma, in verità, su qual base se ne potrebbe estendere l'ufficio fino alla protezione degl'interessi d'una persona capace di curarli da sè stessa? L'autore cercava argomenti in alcune disposizioni speciali della legislazione francese; ma ne riconosceva poi egli stesso la fragilità, allorchè, ammettendo la difficoltà di fondare sopra un testo l'azione, che reputava esercibile dal pubblico Ministero, finiva col dire che nondimeno egli " trovava la soluzione così saggia, da fargli " credere che il tribunale dovrebbe far diritto alla ri- " chiesta „.

Quando invece siano persone aventi un interesse legittimo ed attuale alla conservazione di determinati beni di altra persona lontana, che facciano istanza per essere autorizzate a provvedimenti urgenti indispensabili per quella conservazione — ad esempio, coloro che abbiano su quei beni de' diritti reali, i quali sarebbero pregiudicati in mancanza degl'invocati provvedimenti, od anche i creditori semplicemente chirografari — le difficoltà sembrano rimosse. Ogni idea di pareggiare la persona lontana ad un incapace, ogni taccia di coprire col pretesto d'una protezione, di cui quella persona non abbisogna, una indebita ingerenza negl'interessi di lei, rimane estranea al procedimento. I richiedenti agiscono per interesse proprio, fondandosi sui loro diritti legittimi ed attuali. Si opporrà che

essi potrebbero, senza ricorrere all'autorizzazione del tribunale, operare come *gestori d'affari*, e in ogni caso agire in via contenziosa? Ma la gestione d'affari potrebbe incontrare delle difficoltà di fatto, ed esporre poi chi l'assumesse a pericoli, che possono essere evitati facendo riconoscere come necessari ed autorizzare dal tribunale i provvedimenti per la conservazione de' beni della persona lontana; e l'azione giudiziale, di cui probabilmente gl'interessati non avrebbero bisogno di servirsi qualora il proprietario fosse presente e potesse curare da sè la conservazione de' propri beni, non corrisponderebbe poi all'urgenza, che supponiamo, dei provvedimenti invocati.

Quanto ai creditori, il *Demolombe* accenna che " se si " trattasse d'un creditore della persona non presente, l'ar- " ticolo 1166 (pari al 1234 del cod. civ. italiano) gli som- " ministrerebbe facilmente il mezzo per ottenere i prov- " vedimenti necessari ". Ma veramente dubiteremmo che l'*azione surrogatoria*, di cui si parla nella citata disposizione di legge, potesse essere invocata dai creditori per ingerirsi nel governo dei beni del debitore; se non fosse che per le esposte ragioni ci sembra ammissibile l'invocare dal tribunale un decreto che autorizzi i provvedimenti predetti.

131. — Chi nell'apprezzare la importanza degli istituti giuridici volesse prender norma dalla sola frequenza dei casi in cui avvenga di dover applicare le disposizioni legislative da cui sono regolati, dovrebbe per certo considerare oggimai questo dell'assenza come uno dei meno interessanti. Il numero degli assenti, minimo ne' tempi antichi, crebbe col progredire della civilizzazione, col moltiplicarsi delle relazioni internazionali. Fu specialmente in Francia, dopo la rivoluzione e sotto l'impero, che il numero stragrande di cittadini emigrati per cause politiche, o morti nelle sanguinose guerre combattute da quella nazione, senzachè fosse possibile l'accertamento legale del loro decesso, eccitò l'attenzione e le cure dei legislatori di quel

tempo. I quali infatti provvidero dapprima con leggi speciali all'assenza dei militari e delle persone addette al servizio delle armate di terra e di mare; e poscia nella compilazione del codice civile, coordinando e completando le norme risultanti dai principii tracciati nel diritto romano, e dalle massime stabilite nell'antica giurisprudenza, ridussero ad un sistema completo ed applicabile per tutti i cittadini quella teoria, che servì pure di base alla legislazione nostra nel titolo 3° del primo libro del codice civile. Se non che lo stesso progredire continuo della civiltà, e lo stringersi di più intime relazioni tra popolo e popolo, e il perfezionarsi delle amministrazioni pubbliche, e il crescere dei più facili e rapidi mezzi di comunicazione vanno rendendo sempre più rari i casi d'incertezza sulla esistenza delle persone, che pure in sempre maggior numero si allontanano per più o men lungo tempo dai luoghi di loro domicilio o residenza; tanto che gli annali della giurisprudenza non offrono su questa materia che rare decisioni.

Tuttavia la minore frequenza di applicazioni non può togliere alla teoria giuridica di cui ci occupiamo il valore ch'essa desume dalla gravità stessa degl'interessi, che intende a proteggere e conciliare, gl'interessi cioè, della persona che sia scomparsa, dei suoi presunti eredi, e in genere dei terzi, ai quali competano eventualmente diritti al cui aprimento darebbe luogo la morte dell'assente, della società stessa, affinchè non vi siano beni che rimangano troppo a lungo privi di amministrazione e sottratti al commercio; dalla difficoltà di conciliare appunto codesti interessi, in guisa che la protezione accordata all'uno non ricada a scapito dell'altro; dalla moltiplicità, in fine, dei principii a cui si è dovuto ricorrere, desumendoli da altri istituti giuridici, ma modificandoli opportunamente al fine di adattarli alla specialità d'una situazione, la cui base sta nella incertezza sulla vita o sulla morte dell'assente, e nella necessità conseguente di evitare ogni pregiudizio, ogni lesione di diritti o d'interessi legittimi, tanto rispetto a lui

se ancora vivo, quanto rispetto agli eredi od altri aventi diritti dipendenti dalla sua morte, se questa sia già avvenuta.

132. — " In questa materia — fu scritto nella Relazione della Commissione Senatoria — il codice italiano " non ha fatto che riprodurre le savie regole introdotte " dal codice Napoleone, ammesse in tutti i codici odierni " e costituenti oramai un diritto comune „ (1).

Se non che errerebbe grandemente chi pensasse che quelle regole, il cui complesso meritò dal *Merlin* l'elogio d'essere stata " la migliore, o piuttosto la sola buona legge " che sia stata fatta intorno agli assenti „, fossero una creazione nuova del codice predetto. Esso le desunse da alcuni principii fondamentali stabiliti in diritto romano, e dalle massime adottate dall'antica giurisprudenza francese; e merito principale di quella legislazione fu di avere modificate in qualche parte, completate, coordinate razionalmente, e ridotte così ad un sistema lodevolmente perfetto le regole che attingeva dalle accennate fonti.

I monumenti del diritto romano non erano per certo copiosissimi in una materia, che allora presentava un interesse assai limitato. Tuttavia quelle leggi non avevano lasciati privi gli assenti d'ogni protezione, sia in riguardo alle loro famiglie, sia ai loro beni.

Quanto alle persone; era stato dapprima stabilito che lo scioglimento del matrimonio, ammesso in via di regola generale pel caso di captività del marito (L. 1, ff. *de div. et rep.*), eccezionalmente non potesse aver luogo finchè fosse certo che il marito vivesse, quantunque costituito in captività; e qualora poi fosse incerto se il marito fosse tenuto vivo dai nemici, o fosse morto, la moglie non potesse passare a nuove nozze, se non dopo trascorso un quinquennio dal tempo della captività (L. 6, ff. *de divort. et*

(1) V. Relazione Vigliani, p. 18.

repud.); disposizioni queste che vennero poi estese indistintamente ad amendue i coniugi (Nov. 22, cap. 7). Ma appresso, in omaggio al principio religioso, che avea proclamata la indissolubilità del matrimonio, Giustiniano comandò che qualunque fosse il tempo di assenza d'uno dei coniugi, l'altro non potesse passare ad ulteriori nozze fuorchè quando fosse somministrata prova certa della morte dell'assente (Nov. 117, cap. 11).

In caso di assenza del padre di famiglia, si permetteva ai figli di contrarre liberamente matrimonio, dopo trascorso un triennio dacchè quell'assenza fosse divenuta notoria (L. 10, ff. *de ritu nupt.*).

Dei figli impuberi dell'assente potevasi dal magistrato affidare l'educazione a quello tra i parenti dell'assente medesimo che reputasse più idoneo (LL. 1, 5, ff. *ubi pup. educ. deb.;* L. 1, ff. *eod. tit.*).

Quanto ai beni, in favore degli assenti per causa di servizio pubblico, ammettevasi la restituzione *in integrum* contro la prescrizione che si fosse compita a loro danno, purchè tale assenza fosse stata causa immediata di lesione (L. *his qui*, e L. pen., C. *ex quibus causis maj. in int. restit.*).

Dei beni dei cittadini, di cui fosse incerta l'esistenza, a nessuno era lecito di porsi in possesso nella qualità di erede (LL. 19, 32, ff. *de acquir. vel amit. haered.;* L. 4, C. *de postlim. revers.*), nè permettevasi l'apertura dei loro testamenti (L. 2, § 4, ff. *testam. quemad. aper.;* L. 1, § 5, ff. *ad leg. Corn. de falsis;* L. 38, § 7, ff. *de poenis*); ma, sulle istanze degli interessati, od anche d'ufficio, poteva esser dato ai beni dell'assente un curatore, che poteva essere l'erede presuntivo qualora avesse data idonea cauzione (L. 22, § 1, ff. *de reb. auctor. jud. possid.;* LL. 6, § 2, 8, ff. *quib. ex caus. in poss. eat.;* L. 6, § 4, ff. *de tut.;* L. 15, ff. *ex quib. caus. maj. restit.;* L. 3, C. *de postlim. revers.*). Codesto curatore essendo assimilato a quello dei minori, doveva fare l'inventario (L. 24, ff. *de admin. et peric. tut.*), gli era vietato di alienare od ipotecare i beni immobili del-

l'assente (L. 3, §§ 4, 5, ff. *de reb. eor. qui sub. tut. vel cur.*), ed era tenuto a render conto della sua amministrazione all'assente medesimo se ricomparisse (L. 3, C. *arb. tut.;* LL. 16, § 1, 20, ff. *de tut. et rat. distrahen.*).

Nessun curatore, fosse anche l'erede, aveva diritto di far propri i frutti de' beni dell'assente (LL. 20, § 6, 22, § 2, ff. *de haered. petit.*).

Trascorsi cento anni dalla nascita dell'assente poteva aver luogo l'azione di petizione d'eredità (LL. 8, ff. *de usu et usuf.;* 56, ff. *de usuf.*); ma ciò non ostante, qualora l'assente stesso ricomparisse, avea diritto di rivendicare i suoi beni (LL. 19, 27, 32, ff. *de acquir. vel amit. haered.*), salvochè dei frutti l'erede era tenuto soltanto a restituire gli esistenti, e il valore di quelli tra i consumati che lo avessero reso più ricco (LL. 22, 25, §§ 11 e 15; 36, § 4; 40, § 1, ff. *de haered. petit.*).

Secondo l'antica giurisprudenza francese, finchè non fossero trascorsi cento anni dalla nascita d'un assente si presumeva l'esistenza di lui, eccettochè concorressero circostanze che potessero farne presumere in contrario la morte. E perciò se venisse ad aprirsi una successione, alla quale un tale assente fosse chiamato, i suoi creditori potevano reclamarla, purchè dessero cauzione di restituire i beni a chi spettassero, in caso che la morte del loro debitore si fosse verificata anteriormente all'apertura di quella successione (1). Ma una tale presunzione era fondata sopra un concetto erroneo; perciocchè se il termine di cento anni poteva essere considerato come il più lungo che fosse probabile della vita umana, ciò dava ragione di presumere che trascorsi i cento anni dalla sua nascita l'assente fosse morto, non già che fino ai cento anni continuasse a vivere. Nè meno assurde erano le conseguenze giuridiche della presunzione stessa; poichè ne derivava che il testamento dell'assente non potesse essere eseguito prima del

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, n. 4.

compimento dei cento anni dalla nascita di lui, e ciò rendeva il più spesso caduche le disposizioni per la premorienza dei legatari; ne derivava che un usufrutto spettante all'assente non si consolidasse colla proprietà prima della scadenza di quel termine, il che rendeva pressochè illusoria la proprietà stessa; ne derivava che gli eredi legittimari dell'assente non potessero, pendente il termine predetto, esercitare i loro diritti intentando la riduzione delle donazioni che l'assente avesse fatte, e ciò a scapito di quella protezione che la legge avea voluto accordare ai legittimari stessi.

Abbandonata pertanto quella erronea presunzione, fu adottato invece il principio che fino a quando non fossero trascorsi cento anni dalla nascita dell'assente non si presumesse nè la esistenza nè la morte di lui, ma spettasse generalmente a chi vi avesse interesse il provare l'una cosa o l'altra.

Si fece ancora un altro provvedimento, autorizzando i presunti eredi legittimi dell'assente a chiedere l'immissione in possesso dei di lui beni, dopo un lasso di tempo che secondo le varie consuetudini era diverso, fissandolo alcune a tre anni dal giorno della scomparsa o delle ultime notizie dell'assente, altre a sette, a nove, a dieci, ed una persino a quarant'anni (1); durante il corso dei quali termini nominavasi intanto un curatore specialmente incaricato di amministrare i beni dell'assente. Alla nomina però del curatore non davasi luogo allorchè l'assente avesse lasciato egli stesso un procuratore ad amministrare; e se questi fosse uno degli eredi presuntivi, ciò faceva ostacolo anche alla immissione degli altri nel possesso dei beni. La immissione stessa in possesso non attribuiva ai presunti eredi alcun diritto di proprietà sui beni lasciati dall'assente, sicchè non potevano nè alienarli nè ipotecarli, ma le loro facoltà si limitavano alla semplice amministrazione.

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, n. 7.

Dal principio che non si presumesse nè la vita nè la morte dell'assente, e fosse a carico degl'interessati il somministrarne la prova, avrebbe dovuto seguire, a rigore, che gli aventi sui beni dell'assente diritti particolari subordinati alla morte di lui — come i diritti dipendenti da legati disposti dall'assente medesimo, o da sostituzioni di cui egli fosse gravato — non fossero ammessi ad esercitarli provvisoriamente, e dovesse l'esercizio di quei diritti rimanere in sospeso finchè non fossero trascorsi i cento anni dalla nascita dell'assente, e caducarsi la sostituzione o il legato se prima di questo tempo avvenisse la morte del sostituito o del legatario (1). Tuttavia era opinione di qualche autore che una conseguenza così rigorosa dovesse essere moderata colla prefissione di un certo termine, trascorso il quale il sostituito o il legatario potesse ottenere il possesso dei beni formanti oggetto del suo diritto, e prima del quale la sostituzione od il legato non dovessero esser caduchi, ma trasferirsene i diritti agli eredi del sostituito o del legatario medesimo (2).

Dallo stesso principio surricordato avrebbe pure dovuto seguire, che non ostante l'immissione dei presunti eredi nel possesso provvisorio dei beni dell'assente, la comunione di beni spettante al coniuge di lui non avesse a riputarsi legalmente disciolta, se non allo spirare dei cento anni dalla nascita dell'assente, qualora fino a tal tempo avesse vissuto il coniuge presente. E tuttavia un tale scioglimento reputavasi provvisoriamente verificato allorchè i presunti eredi venivano immessi in possesso (3).

In questo stato di dottrina e di giurisprudenza circa la materia di cui ci occupiamo, sopravvenne in Francia la rivoluzione. E quando si vollero codificare leggi corrispondenti ai tempi nuovi, ed alle condizioni in cui versava al-

---

(1) V. Pothier, *Introd. au tit.* XVII *de la cout. d'Orléans*, n. 7; Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, n. 5.
(2) V. Brétonnier, *Questions des Absents*, c. III.
(3) V. Pothier, *De la communauté*, n. 505.

lora la nazione; e l'espatriazione di grandi masse di cittadini, sia per cause politiche, sia per servire sotto le armi alla patria, sia per lo estendersi del commercio e della civilizzazione generale, fece sentire il bisogno di regolare con un sistema complessivo di disposizioni questa materia dell'assenza; gravissimi problemi fondamentali presentavansi a risolvere. Quali dovevano essere i caratteri definitori della vera assenza? Di quali interessi doveva la legge proporsi principalmente la protezione? L'assente era da considerarsi come vivente o come morto, nelle relazioni dei terzi aventi interesse sul patrimonio di lui? Quale influenza era da attribuirsi intorno a ciò al tempo trascorso dopo il cominciamento dell'assenza? Quali erano infine i provvedimenti da stabilirsi nei vari stadi in cui l'assenza potesse essere distinta? Le risposte fatte dal codice Napoleone a questi vari quesiti — tenuto conto anche degli schiarimenti risultanti dalle discussioni avvenute in proposito davanti ai Corpi che concorsero alle deliberazioni relative — sono quelle che ora sommariamente accenneremo.

Senza dare una definizione testuale dell'assenza, il legislatore francese ne ritenne come carattere fondamentale e distintivo la incertezza della esistenza o della morte di una persona scomparsa dal suo domicilio o dalla sua residenza abituale, senzachè se ne fossero più avute notizie.

Ciò posto, si propose come scopo supremo di conciliare sino al massimo punto possibile gl'interessi dell'assente con quelli delle persone che avessero diritti da esercitare sul patrimonio di lui nel caso di sua morte.

In nessuna disposizione testuale stabilì però che l'assente dovesse essere riguardato, in un periodo qualunque successivo alla sua scomparsa od alle ultime sue notizie, piuttosto come vivente o come morto. Ma considerò che nella incertezza dominante sempre sull'assenza, qualunque sia il periodo in cui essa si trovi, finchè non si abbia prova della vita o della morte della persona scomparsa, il tempo trascorso, la continuata mancanza d'ogni notizia, e le in-

dagini giudiziali inutilmente fatte per discoprire se e dove l'assente esista, aumentavano gradatamente le probabilità della morte di lui; epperò nel conflitto tra la presunzione di vita, fondata sulla mancanza di accertamento del decesso, e la presunzione di morte, dipendente dalla mancanza assoluta di notizie, quest'ultima doveva acquistare sempre maggiore consistenza contro la presunzione opposta, in ragione del tempo trascorso; come nel conflitto tra gl'interessi, che voglionsi conciliare, dell'assente e delle terze persone rimaste presenti, la protezione di favore di quest'ultime doveva corrispondentemente acquistare man mano preponderanza a fronte degl'interessi dell'assente. In questo senso ed entro questi limiti i provvedimenti dati per l'assenza vennero subordinati alla considerazione del tempo trascorso dopo il cominciamento di essa.

Sotto l'influenza di queste viste furono distinti due periodi principali, il primo dei quali si denominò di *presunzione*, il secondo di *dichiarazione* dell'assenza.

Si disse *presunta l'assenza* dal momento in cui per la scomparsa d'una persona dal luogo di suo domicilio o di sua residenza abituale, e per mancanza assoluta di sue notizie, ne fosse divenuta incerta l'esistenza; e per questo primo stadio le disposizioni della legge ebbero per principale scopo la conservazione del patrimonio dell'assente, affidando alla prudenza dei tribunali di provvedere nei casi di necessità, e qualora l'assente non avesse lasciato un procuratore con poteri opportuni, sia all'amministrazione di tutti o parte dei beni, sia alla rappresentanza dell'assente stesso negli atti in cui fosse interessato.

Trascorso un periodo abbastanza lungo di assenza presunta — dieci anni, o quattro soli, secondochè l'assente avesse, o no, lasciato un procuratore — si concedè alle parti interessate di poter provocare una *dichiarazione giudiziale dell'assenza;* prescrivendo però cautele e forme da osservarsi nelle informazioni da assumersi per statuire

sulla domanda, affinchè l'assenza fosse accertata. Come effetto della pronunciata dichiarazione di assenza si ammise in favore dei presunti eredi legittimi la facoltà di domandare all'autorità giudiziaria, e il diritto di ottenere, la immissione in possesso dei beni lasciati dall'assente; in favore delle parti interessate il diritto di richiedere l'apertura del testamento che l'assente avesse lasciato, e in seguito di ciò, a favore dei legatari, dei donatari e di tutti coloro che avessero sui beni dell'assente dei diritti subordinati alla condizione della morte di lui, la facoltà di esercitare tali diritti; sotto l'obbligo però, tanto a carico di costoro che dei presunti eredi, di dare cauzione pei beni di cui entravano in possesso.

Tutto ciò, per altro, poteva essere impedito dal coniuge dell'assente, che fosse con lui in comunione di beni, coll'optare per la continuazione di tale comunione; il che toglieva ai presunti eredi di potersi immettere nel possesso dei beni dell'assente, ed agli altri interessati di poter esercitare i diritti dipendenti dalla morte dell'assente stesso.

L'accennato effetto della dichiarazione di assenza dava poi luogo alla suddistinzione d'altri due stadi subordinati. Nel primo dei quali — che cominciava dalla immissione in possesso e durava per trent'anni, o fino a che fossero compiti cento anni dalla nascita dell'assente — il possesso accordato ai presunti eredi legittimi, e l'esercizio dei diritti dipendenti in favore d'altri dalla morte dell'assente stesso, era semplicemente *provvisorio;* mentre nel secondo stadio — che cominciava dal cessare del primo, e durava finchè non constasse della vita o della morte dell'assente — quel possesso o quell'esercizio di diritti si riguardava come *definitivo*. Il possesso provvisorio non attribuiva a coloro che n'erano investiti la proprietà dei beni lasciati dall'assente, ma solo l'amministrazione, e il diritto di far propria una parte delle rendite. Il possesso definitivo conferiva invece un diritto di proprietà, ma revocabile; di guisa che l'assente ricomparso, i suoi discendenti, od anche

gli altri che ne fossero eredi, secondo il tempo in cui si provasse essere avvenuta la morte di lui, avevano diritto di rivendicare i beni che fossero ancora presso gl'immessi in possesso, nello stato però in cui quei beni si trovassero.

Ciò quanto ai provvedimenti relativi al patrimonio lasciato dall'assente. In ordine poi ai diritti eventuali, che si fossero aperti in favore di lui dopo la sua scomparsa, o dopo l'ultime sue notizie, quel codice fermava la massima fondamentale, che niuno potesse essere ammesso a reclamare quei diritti in rappresentanza dell'assente, se non provando che egli esistesse ancora al tempo in cui si erano aperti. Regolava poi con disposizioni speciali la devoluzione delle successioni, a cui l'assente fosse chiamato, facendo diritto alle ragioni di chi avesse a raccogliere l'eredità in mancanza di lui, e lasciando nondimeno illese le azioni in petizione di eredità competenti all'assente medesimo, od ai suoi rappresentanti od aventi causa.

In ordine alle persone, stabiliva gli effetti dell'assenza relativamente al matrimonio, rendendo omaggio al principio fondamentale che in nessun caso l'assenza avesse mai per effetto di sciogliere il matrimonio e di autorizzare il coniuge rimasto presente a contrarre un'altra unione; ma dichiarando nel tempo stesso, che se di fatto il coniuge dell'assente fosse passato ad altre nozze, il secondo matrimonio non potesse essere impugnato, qualora l'assente non ritornasse, fuorchè da lui medesimo o da un suo procuratore munito della prova che l'assente esistesse. Stabiliva eziandio gli effetti dell'assenza in riguardo ai figli minori del padre scomparso, deferendone la cura alla madre, alla quale spettava di esercitare tutti i diritti del marito relativamente alla educazione dei figli predetti ed all'amministrazione dei loro beni, ed ordinando che in mancanza della madre, sei mesi dopo la scomparsa del padre, la cura dei figli dovesse essere deferita dal consiglio di famiglia agli ascendenti più prossimi, o in loro mancanza, ad un tutore provvisorio.

Le varie legislazioni, che imperarono nelle provincie d'Italia, dopo il codice Napoleone, riprodussero nella sostanza il sistema da esso tracciato intorno all'assenza. Il codice austriaco però regolava questa materia su tutt'altre basi. Agli assenti nominavasi un curatore, allorchè essi non avessero lasciato procura, o i loro diritti si trovassero in pericolo, o la loro assenza impedisse l'esercizio dei diritti di un terzo. I poteri e gli obblighi del curatore nell'amministrare i beni dell'assente erano gli stessi dell'amministrazione dei beni di un minore (§§ 269-276). L'assente si presumeva morto nei casi seguenti: 1° s'egli avesse compita l'età di 80 anni, e da 10 anni dopo la scomparsa mancassero sue notizie; 2° se queste mancassero da 30 anni; 3° se fosse stato pericolosamente ferito in combattimento, o si fosse trovato sovra un bastimento naufragato, e non si fosse più potuto trovarlo dopo 3 anni (§ 24). In questi casi doveva essere provocata la dichiarazione giudiziale di morte dell'assente; il tribunale doveva nominargli un curatore, fissare il termine d'un anno per ripresentarsi l'assente; passato il qual termine la dichiarazione di morte veniva pronunciata (§ 277). Non ostante ciò, era ancora ammissibile la prova che l'assente vivesse, o fosse morto in tempo diverso; ma coloro che in seguito alla dichiarazione di morte fossero stati posti in possesso dei beni, dovevano essere riguardati come possessori di buona fede (§ 278). L'avverarsi d'uno dei casi, nei quali era ammessa dalla legge la dichiarazione di morte, non dava al coniuge dell'assente il diritto di contrarre altro matrimonio; ma egli poteva chiedere, adducendo gravi presunzioni di morte del coniuge assente, che fosse pronunciato lo scioglimento del matrimonio; al che potea farsi luogo dopo triplice citazione pubblicata nei giornali, nominato all'assente un procuratore, trascorso il termine d'un anno, e purchè la decisione venisse confermata da un tribunale successivo (§§ 112-114).

Allorchè fu presentato in iniziativa al Senato il pro-

getto del primo libro del codice civile, il Ministro Guardasigilli (*Pisanelli*) riferiva come i provvedimenti proposti in riguardo all'assenza fossero precipuamente ispirati dal concetto " di conciliare gl'interessi dell'assente cogli interessi " di coloro che possono avere diritti dipendenti dalla sua " morte „. Dichiarava essersi adottate le stesse norme del codice franc., facendo solo rilevare le seguenti innovazioni:

" 1° essersi conceduto ai parenti immessi nel possesso " il godimento dei frutti, in una ragione maggiore di quella " fissata da altri codici, per seguire le norme di una ben " intesa economia, interessando i possessori alla migliore " coltivazione dei beni dell'assente;

" 2° non essersi voluto sottoporre gl'immessi nel pos- " sesso a troppo rigorose e indeterminate cautele, non più " compatibili col nuovo regime delle ipoteche, nè obbli- " gare i possessori a fare un cumulo della parte dei frutti " riservata all'assente, prescrivendone il progressivo im- " piego; perchè la legge non ha mezzi per assicurarsi che " tali disposizioni siano eseguite, e quando in alcuni casi " si eseguissero per cautele all'uopo ordinate, le spese oc- " correnti ricadrebbero pur sempre sul patrimonio del- " l'assente „ (1).

La Commissione del Senato, nella sua relazione su questa parte del progetto di codice, descriveva i punti principali del sistema proposto, dicendo che " lo stato di assenza è " diviso in tre periodi; l'uno di *assenza presunta*, l'altro di " *assenza dichiarata*, e il terzo di *presunzione di morte del-* " *l'assente*. In ciascuno di questi periodi è provveduto alla " famiglia ed ai beni dell'assente in modo da conciliare la " conservazione dei diritti e degli interessi dell'assente, " non che i diritti e gl'interessi di coloro che hanno ra- " gioni dipendenti dalla di lui morte.

" Nei due primi periodi lo stato dell'assente è stato " d'incertezza; *la legge non ne presume nè la vita nè la morte;*

---

(1) V. Relazione Pisanelli, p. 6.

“ perciò provvede all’amministrazione dei suoi beni con
“ tali cautele, che gli conservino il patrimonio, ed anche
“ in alcuni casi ed entro un certo tempo una parte dei
“ frutti, qualora egli ricompaia, o ne venga riconosciuta
“ la esistenza.

“ Nel terzo periodo *la legge dispera dell’esistenza dell’as-
“ sente, la tiene inverosimile nell’ordine naturale, e ne apre
“ perciò in certo modo la successione*, concedendo il pos-
“ sesso definitivo dei suoi beni a coloro che sarebbero
“ chiamati a raccoglierli nel caso di morte „.

A proposito di quest’ultimo periodo, del possesso definitivo, il progetto vi faceva luogo quando l’assenza fosse stata *continuata per lo spazio di* 20 *anni dopo la immissione nel possesso temporaneo, o fossero trascorsi* 80 *anni dalla nascita di chi fu dichiarato assente, e le ultime notizie di lui risalissero almeno a dieci anni addietro.*

In ciò scorgevasi qualche reminiscenza delle disposizioni del codice civile austriaco in ordine ad uno dei casi in cui esso ammetteva potersi far luogo alla dichiarazione di morte dell’assente. Ma alla Commissione Senatoria “ parve più conveniente di non dipartirsi dalle norme san-
“ cite nel codice francese e negl’italiani allora vigenti „, perchè queste “ poggiavano sopra basi dell’ordine natu-
“ rale, che si possono dire immutabili „ e perchè “ un ri-
“ tardo nella concessione del possesso non avrà mai i
“ gravi inconvenienti d’una concessione affrettata, che
“ venisse fatta ancora vivo l’assente „.

Il progetto riteneva che pel solo verificarsi delle condizioni stabilite dalla legge “ il possesso temporaneo *si can-
“ giasse di diritto in definitivo* „. La Commissione del Senato invece riconobbe la necessità, od almeno la somma convenienza che a questa trasformazione “ precedesse una
“ cognizione di causa ed un decreto del giudice „ perchè
“ di troppa importanza è quest’atto per le sue conseguenze
“ sopra il patrimonio dell’assente, per abbandonarlo alla
“ sola azione delle parti interessate „.

“ Il possesso definitivo scioglie le cauzioni ed altre cau-
“ tele prestate dai possessori temporanei, fa cessare ogni
“ vigilanza d'amministrazione ed ogni dipendenza di essa
“ dall'autorità giudiziaria, autorizza le divisioni definitive
“ e le libere alienazioni dei beni dell'assente. Come mai
“ tutto ciò si potrebbe operare, senza pericoli od inconve-
“ nienti più o meno gravi, per la semplice volontà delle
“ parti? Non sarebbe irregolare lo sciogliere atti ordinati
“ dai tribunali, e compiuti sotto la loro ispezione, senza il
“ loro intervento? Se si fossero prestate cautele ipotecarie,
“ come si potrebbero cancellare le iscrizioni delle ipoteche
“ senza un decreto giudiziale? Quanto alla considerazione
“ della spesa, essa non può essere notevole, e troverà del
“ resto un congruo compenso nella maggiore sicurezza di
“ tutti gl'interessati „ (1).

La Commissione coordinatrice non apportò modificazioni — fuor di qualcuna di semplice forma — al progetto modificato dalla Commissione Senatoria. Ed una sola osservazione presentata da uno dei Commissari, che censurava la disposizione colla quale si attribuiva la immissione nel possesso temporaneo dei beni, in mancanza di eredi testamentari, *a quelli che sarebbero stati eredi legittimi dell'assente nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza*, sostenendo che “ fosse più giusto e più legale di
“ preferire coloro che si trovassero eredi legittimi dell'as-
“ sente dopo una certa epoca da che scomparve, o si
“ ebbero sue notizie „ fu abbandonata dal medesimo proponente, sulla considerazione da altri rilevata che “ il
“ nuovo sistema proposto non sarebbe neppur esso senza
“ inconvenienti, e che quello seguitato dal progetto è con-
“ forme a tutti gli altri codici e dovunque ammesso „ (2).

133. — Ciò che esponemmo nel numero precedente

(1) V. Relazione VIGLIANI, p. 19, 20.
(2) V. *Proc. verb.*, n. 5, p. 57, 58.

basterebbe forse a dare un'idea generale abbastanza completa dell'ordinamento, che il codice nostro desunse dal francese in materia d'assenza, eccettuate alcune varianti non prive d'importanza, che verremo notando nel corso di questa trattazione. Nondimeno non crediamo superfluo lo studiarci di porre nella maggior evidenza possibile i sommi principii che furono assunti a base di tutto il sistema, e i nessi esistenti fra i principii medesimi, e i caratteri giuridici ch'essi imprimono ai provvedimenti stabiliti dalla legge pei vari stadi che l'assenza può percorrere. Codesti provvedimenti, fondati sul dubbio se la persona scomparsa sia viva o morta, diretti a conciliare gl'interessi dell'assente, pel caso ch'esista ancora, cogl'interessi di coloro che abbiano diritti dipendenti dalla morte di lui, pel caso che questa sia già avvenuta, risentono naturalmente di quella medesima incertezza da cui hanno origine; e nei mezzi che contengono per l'accennata conciliazione d'interessi risalgono necessariamente ad istituti diversi, i cui principii non possono ricevere un'applicazione netta e precisa, ma debbono subire tali modificazioni da farne qualche cosa d'ibrido e di anormale; donde provengono, non solo pel legislatore, ma per l'interprete ancora, ben gravi difficoltà; a superare le quali non è certo soverchio l'indagare con cura quali siano quei principii, e con quali intenti, sotto quale aspetto, con quali modificazioni o trasformazioni, la legislazione positiva abbia voluto applicarli. Del resto, ci atterremo per ora a questa generalità di principii, riserbandoci d'indagare a luogo più opportuno gli effetti delle loro applicazioni nei vari periodi dell'assenza; chè se volessimo occuparci attualmente di tutto ciò, tanto varrebbe il pretendere di esaurire in questa introduzione lo studio dell'intiera teoria dell'assenza.

Ci sia permesso di riferire intorno a ciò le parole d'uno dei più illustri commentatori del codice francese, nel preambolo alla illustrazione del titolo *degli assenti*. “ Questo titolo “ — giova il dirlo nel cominciarne la spiegazione — è uno

“ di quelli il cui studio è più difficile, in tutto il codice.
“ L'incertezza, che regna sempre, intorno alla vita od alla
“ morte dell'assente, rende necessario il prevedere od esa-
“ minare una quantità d'ipotesi diverse; le supposizioni,
“ necessarie a farsi, ora di vita, ora di morte, danno luogo
“ a molti provvedimenti, talvolta definitivi, più spesso prov-
“ visorii soltanto; la successione di questi provvedimenti,
“ nei quali frequentemente al provvisorio subentra altro
“ provvisorio ancora, si trova spesso così complicato, che
“ il complesso di questa materia assume l'aspetto di un
“ labirinto, nel quale il lettore corre il pericolo di perdersi
“ inevitabilmente, se percorrendolo non conserva la più
“ costante attenzione . . . . .

“ Crediamo che qui, più che altrove, sia indispensabile
“ la diligenza più minuta nel classificare logicamente le
“ idee, nell'approfondire l'argomento più che non siasi
“ fatto avanti, per meglio imprimere nella mente questi
“ principii, e connetterli più solidamente fra loro „ (1).

La legge nostra distingue due periodi principali: il primo *della presunzione di assenza*, il secondo *della dichiarazione di essa*. Ritiene come *semplicemente presunta* l'assenza dal momento in cui avendo una persona cessato di comparire nel luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza, senza che se ne abbiano notizie, comincia a sorgere incertezza sull'esistenza della persona medesima. Ma essendo recente la scomparsa e la mancanza di notizie dell'assente, la legge non permette indagini giudiziali, che potrebbero svelare segreti ch'egli avesse un giusto interesse di conservare; tanto meno permette che altri s'impossessi de' di lui beni, e nell'amministrazione stessa di questi — in omaggio alla libertà che a ciascuno appartiene nel governo delle cose proprie — non ammette che altri possa ingerirsi, se non per decreto dell'autorità giudiziaria, negli stretti limiti della necessità, e a solo scopo di conservazione

(1) V. Marcadé, t. I, n. 337.

del patrimonio lasciato dall'assente e de' diritti che ne fanno parte (art. 20, 21, cod. civ.). Passato un certo numero di anni, nel corso de' quali abbia durato continuamente l'assenza presunta, e divenuta così più grave la probabilità che la persona scomparsa non sia più in vita, la legge permette a coloro, che abbiano diritti dipendenti dalla morte di questa persona, di provocare indagini giudiziali dirette a scoprire le prove, se sia possibile averle, della vita o della morte dell'assente. E qualora codeste indagini, fatte con forme tutelari e della massima pubblicità, non riescano che a confermare le stesse incertezze, a convincere che non si abbiano, nè sia sperabile di avere notizie della persona scomparsa, si fa luogo alla *dichiarazione giudiziale di assenza* (art. 22, 25, cod. civ.). Com'è manifesto, è ancora il solo dubbio sulla vita o sulla morte della persona, che costituisce il fondamento di questa dichiarazione, la caratterizza, e deve quindi servire a determinarne gli effetti. E questi consistono, secondo la legge — dopochè dall'ultima delle reiterate pubblicazioni, che debbono farsi della sentenza dichiarante l'assenza, sia trascorso il termine di sei mesi, conceduto al fine che l'assente, se ancora esiste, abbia tempo a ricomparire o a dar notizie di sè — nel far luogo ad ordinarsi dal tribunale, sulle istanze degl'interessati, o del pubblico ministero, l'apertura degli atti d'ultima volontà che l'assente abbia lasciati; a potersi poi chiedere al tribunale stesso dagli eredi testamentari, o in loro mancanza dagli eredi legittimi, la immissione in possesso dei beni dell'assente; dai legatari, dai donatari, e da tutti coloro che abbiano sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla morte di lui, l'ammissione all'esercizio di tali diritti; dal coniuge dell'assente, oltre ciò che gli spetti per contratto o per diritto di successione, la determinazione d'una congrua pensione alimentaria (art. 26, cod. civ.).

L'immissione in possesso, e l'ammissione all'esercizio dei diritti suddetti, ha dapprima un carattere meramente provvisorio (art. 26 al 35, cod. civ.); che però può essere

convertito in definitivo, per nuova pronunzia del tribunale sulle istanze delle parti interessate, qualora l'assenza abbia continuato per trent'anni dopo la immissione nel possesso temporaneo, o siano trascorsi cento anni dalla nascita dell'assente e le ultime notizie di lui risalgano almeno a tre anni addietro (art. 36, cod. civ.).

L'immissione nel possesso temporaneo non conferisce a coloro che la ottengono tutte le facoltà inerenti al diritto di proprietà (confr. art. 436, cod. civ.), ma quelle sole di fare intorno ai beni lasciati dall'assente tutti gli atti di ordinaria amministrazione, di promuovere giudizialmente, nelle qualità loro, qualunque ragione che spetti all'assente, e di godere le rendite di quei beni, salve alcune limitazioni pei casi in cui gl'immessi nel possesso temporaneo siano parenti dell'assente in linea collaterale od estranei, e l'immissione in possesso non abbia ancora durato trent'anni; nei quali casi i possessori sono tenuti a *riservare a profitto dell'assente* una quota parte delle rendite, variabile secondo le diverse circostanze di persone e di tempo previste dalla legge; mentre se siano immessi in possesso gli ascendenti o i discendenti od il coniuge dell'assente, ed anche per gli altri, trascorsi che siano trent'anni, la totalità delle rendite appartiene ai possessori (art. 28, 30, 31, cod. civ.).

L'immissione nel possesso definitivo attribuisce invece a coloro che la ottengono anche la facoltà di disporre dei beni lasciati dall'assente; riunisce cioè in loro favore tutti i diritti della proprietà piena, salvo che questa è *revocabile*, pel caso che l'assente ritorni, o sia provata la sua esistenza, rientrando egli allora nei suoi diritti patrimoniali *nello stato in cui si trovino* (art. 36, 37, 39, cod. civ.).

I diritti dipendenti dall'immissione nel possesso, tanto temporaneo che definitivo, sono trasmissibili da coloro che la ottennero ai loro successori (art. 26, § 2°, 28, 34, 37, cod. civ.).

Com'è facile scorgere da quanto abbiamo esposto superiormente, l'ultimo dei due stadi principali in cui l'assenza

si divide, quello cioè della *dichiarazione* di essa, coll'effetto, che produce, di dar luogo alla immissione degli eredi nel possesso dei beni dell'assente, ed all'esercizio dei diritti che altri abbiano sui beni medesimi dipendentemente dalla morte di lui, apre l'adito ad altri due stadi subalterni; nel primo dei quali la immissione in possesso e l'esercizio dei diritti predetti sono meramente temporanei, nel secondo divengono definitivi. Ciò però si riferisce unicamente appunto ai beni che l'assente abbia lasciati.

Quanto ai diritti che si aprissero in favore di lui durante l'assenza, non solo il versarsi nello stadio del possesso temporaneo, anzichè del possesso definitivo, ma nemmeno l'esservi la semplice presunzione, piuttostochè la giudiziale dichiarazione di assenza, non può esercitare veruna influenza; poichè anche la semplice presunzione di assenza porta seco la incertezza della vita della persona assente, ed è principio fondamentale e generale che " niuno è ammesso a reclamare un diritto in nome di persona di cui s'ignori la esistenza, se non provi ch'essa esisteva quando quel diritto è nato „ (art. 42, cod. civ.).

Per ciò poi che riguarda lo stato delle persone; se si pensa al coniuge dell'assente, è indubitabile che in qualunque stadio sia l'assenza, non solo semplicemente presunta, ma anche dichiarata, non potendosi presentare, a norma dell'art. 79, § 3°, la prova che l'assente sia morto, sorgerà da ciò impedimento pel coniuge rimasto presente a contrarre un nuovo matrimonio; ma se in onta a ciò egli lo contragga, il nuovo matrimonio non potrà essere impugnato finchè duri l'assenza (art. 113, § 2°, cod. civ.) ancorchè questa non sia stata dichiarata giudizialmente, ma si trovi ancora nello stadio di semplice presunzione. Se poi si tratta dello stato de' figli minori dell'assente, è certo del pari che sovr'esso influisce bensì la distinzione principale tra l'assenza presunta e dichiarata, poichè nel primo di questi stadi si provvede temporaneamente alla cura di que' figli, o mediante l'esercizio della patria podestà spet-

tante alla madre, o colla nomina d'un tutore temporaneo (art. 46, 47, cod. civ.); mentre nel secondo stadio, la dichiarazione d'assenza d'uno dei genitori, qualora l'altro sia premorto, o dichiarato assente egli pure, o privato della patria podestà, fa luogo senz'altro all'aprimento della tutela (art. 241, cod. civ.); ma non si ha poi riguardo alcuno alla circostanza che la dichiarazione d'assenza sia stata seguìta dall'immissione degli eredi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, o piuttosto siasi già fatto luogo alla immissione nel possesso definitivo.

La distinzione principale dei due periodi, dell'assenza semplicemente presunta, e dell'assenza giudizialmente dichiarata, estende dunque in qualche parte i suoi effetti anche a ciò che riguarda lo stato delle persone; mentre la distinzione subalterna, a cui danno luogo gli effetti della dichiarazione di assenza, tra l'immissione in possesso temporaneo e l'immissione in possesso definitivo, non ha relazione che ai beni lasciati dall'assente al momento della sua scomparsa o delle ultime sue notizie.

Alcuni autori invece distinguono tre periodi, cioè: 1° dell'*assenza presunta;* 2° dell'*assenza dichiarata*, e seguìta dall'*immissione in possesso temporaneo* dei beni dell'assente; 3° dell'*immissione in possesso definitivo* (1). E questa distinzione fu seguìta pure dall'illustre relatore della Commissione Senatoria nel brano che riferimmo nel numero precedente. Crediamo nondimeno che ciò non sia perfettamente esatto.

La immissione temporanea e la immissione definitiva nel possesso dei beni dell'assente, non sono veramente due periodi dell'assenza, ma due effetti, o più propriamente due gradazioni d'un solo effetto della dichiarazione d'assenza, qual'è la immissione degli eredi nel possesso dei beni dell'assente e l'ammissione degli altri, che abbiano su quei beni certi diritti, ad esercitarli. I veri stadi, in cui si di-

---

(1) V. Demolombe, t. II, n. 9; Laurent, t. II, n. 119.

vide l'assenza, considerata in sè, indipendentemente dall'uno o dall'altro dei suoi effetti particolari, non sono che due soli; la *presunzione*, e la *dichiarazione* di assenza. Questa distinzione influisce infatti sugli effetti in generale dell'assenza, tanto per ciò che riguarda il patrimonio lasciato dall'assente, quanto relativamente allo stato delle persone soggette alla podestà di lui; mentre la suddistinzione del possesso temporaneo e del possesso definitivo non concerne che gli effetti particolari della dichiarazione di assenza in ordine ai beni lasciati dall'assente. Che poi questa stessa suddistinzione si risolva, più che altro, nella semplice gradazione d'un solo effetto della dichiarazione di assenza, risultava chiaramente dalle disposizioni formulate nel progetto ministeriale, secondo cui al verificarsi delle condizioni stabilite dalla legge il passaggio dalla temporaneità del possesso al definitivo aveva luogo *ipso jure*. E se ciò venne poi modificato, esigendo la prolazione d'una sentenza, che dichiarasse tale passaggio, il mutamento fu consigliato da motivi di mera convenienza, che non danno, a veder nostro, alcuna ragione di riguardare questa modificazione nei caratteri della immissione in possesso, come un periodo speciale e distinto dell'assenza, dalla cui dichiarazione quel possesso deriva come semplice effetto. Tanto poi è lontano di potersi considerare l'immissione in possesso temporaneo, e l'immissione in possesso definitivo, come due stadi, pei quali l'assenza debba necessariamente e successivamente passare, che qualora, prima di ogni immissione degli eredi in possesso dei beni, siano compiti i cento anni dalla nascita dell'assente, mancando da tre anni almeno le notizie di lui, si può senz'altro far luogo all'*immissione in possesso definitivo* (art. 38, cod. civ.).

Oltre a tutto ciò, la classificazione, che abbiamo creduto di dover preferire, corrisponde esattamente anche al testo del nostro codice; nel quale vediamo trattato in due Capi distinti della *presunzione di assenza* e della *dichiarazione di assenza*, e come effetti di quest'ultima troviamo poi consi-

derati in due sezioni del terzo Capo l'*immissione nel possesso temporaneo*, e l'*immissione nel possesso definitivo* dei beni dell'assente. In una materia, nella quale è giustamente raccomandata la massima esattezza nel rilevare nei loro più minuti particolari le idee adottate dal legislatore, allo scopo di formarsi un concetto chiaro e completo di tutto un ordine di disposizioni fondato sul conflitto di presunzioni opposte, diretto a conciliare interessi lottanti fra loro, e costretto perciò a combinare, modificandoli, i principii di altri istituti giuridici, che sarebbero inapplicabili a questo nella loro integrità e purezza, non abbiamo reputati inutili i rilievi che qui abbiam fatti. Tanto più che, se non erriamo, essi ci porgono intanto un risultamento importante per risolvere una grave quistione a cui accenneremo appresso; quello cioè d'avere stabilito che il periodo provvisorio e il definitivo, della immissione in possesso dei beni lasciati dall'assente, non costituiscono veramente due stadi distinti dell'assenza, ma due modi e due gradazioni diverse d'uno degli effetti dell'assenza dichiarata, vale a dire della immissione in possesso introdotta a vantaggio degli eredi testamentari e dei presunti eredi legittimi dell'assente, e di coloro tutti che abbiano altri diritti dipendenti dalla morte di lui.

134. — L'antica giurisprudenza francese riteneva, come osservammo, la presunzione della vita dell'assente finchè non fossero trascorsi cento anni dalla nascita di lui; da questo punto in poi, ne presumeva la morte. Vi è qualche cosa di simile nel diritto odierno? Tra i vari momenti, in cui vien considerata l'assenza, ve n'è qualcuno in cui l'una o l'altra di quelle presunzioni possa dirsi stabilita? S'intende che il quesito deve riferirsi a vere presunzioni legali, poste le quali, chi allegasse il fatto presunto della vita o della morte dell'assente non avrebbe bisogno di somministrarne altra prova (art. 1352, cod. civ.); e ciò per qualunque effetto di diritto, non essendo ammissibile

la contraddizione in cui la legge si porrebbe se presumesse un fatto giuridico per alcuni soltanto degli effetti che da quel fatto deriverebbero, mentre per altri stabilisse una presunzione contraria, od almeno esigesse la prova. S'intende ancora che se mai esistesse una presunzione di vita o di morte dell'assente, non potrebb'essere se non una *presunzione semplice;* chè una presunzione assoluta, escludente qualunque prova contraria, sarebbe un assurdo, di fronte alla possibilità che si facesse constare autenticamente la morte di colui che fosse presunto vivente, o il presunto morto ricomparisse o desse notizie di sè. D'altra parte non si verserebbe nemmeno in alcuno dei casi nei quali l'art. 1353, cod. civ. ammette potervi essere presunzioni assolute. Dicemmo che il dubbio dee limitarsi alla esistenza, o non, di vere presunzioni legali di vita o di morte dell'assente; perchè, quanto a semplici probabilità della morte di lui, niuno potrebbe contestare che tali probabilità — sempre crescenti per lo stesso trascorrer del tempo dopo la scomparsa o l'ultime notizie dell'assente, e più per la inutilità delle indagini giudiziali fatte sull'istanza per la dichiarazione di assenza, e poi pel nuovo termine passato dopo le reiterate pubblicazioni della sentenza, senzachè l'assente sia ricomparso od abbia date sue notizie, e da ultimo per un altro trentennio durante cui abbia continuato l'assenza dopo la immissione degli eredi nel possesso temporaneo dei beni, o pel compimento dei cento anni dalla nascita dell'assente le cui ultime notizie risalgano almeno a tre anni addietro — abbiano dato motivo ai provvedimenti stabiliti dalla legge pei corrispondenti vari momenti dell'assenza; provvedimenti che corrispondentemente vanno sempre più avvicinandosi a quelle condizioni giuridiche alle quali darebbe luogo la morte verificata dell'assente, senza però mai raggiungerle completamente.

Entrando nell'esame della questione proposta, fa impressione anzitutto l'osservare come in nessuna parte delle disposizioni contenute in questo titolo si trovi espressa-

mente dichiarata una presunzione di vita o di morte dell'assente. Tuttavia non sarebbe escluso per ciò solo che tali presunzioni potessero esistere, qualora fossero implicitamente stabilite da disposizioni, le quali su quelle presunzioni soltanto potessero avere fondamento. Ora è di questa ricerca appunto che intendiamo di occuparci, studiando particolarmente i vari momenti in cui la legge considera l'assenza.

Nel primo stadio potrebbe sembrare certo che la legge presumesse la vita dell'assente; dappoichè le provvidenze che ammette consistono nel " nominare chi rappresenti " l'assente in giudizio, o nella formazione degl'inventari e " dei conti, e nelle liquidazioni e divisioni in cui egli sia " interessato, e dare gli altri provvedimenti che siano ne- " cessari alla conservazione del suo patrimonio „ (art. 21, cod. civ.). È forse concepibile un mandato legale, che si conferisca in nome di chi non esista? Ma d'altra parte, se sussistesse una presunzione legale di vita dell'assente, potrebbero essere reclamati in nome di lui i diritti che si fossero aperti in suo favore durante l'assenza, poichè egli non sarebbe più una *persona di cui s'ignorasse l'esistenza* (art. 42, cod. civ.), essendo questa provata mediante la presunzione della legge (art. 1352, cod. civ.). Al contrario, le disposizioni degli articoli 42 al 45 del codice civile sono comuni all'assenza tanto presunta quanto dichiarata. — Se quella presunzione sussistesse, il nuovo matrimonio, che il coniuge dell'assente avesse contratto, potrebbe essere impugnato anche durante l'assenza presunta, poichè sarebbe legalmente constante il vincolo attuale del precedente matrimonio (art. 56, cod. civ.). Al contrario, finchè l'assenza dura, l'azione in nullità del nuovo matrimonio non può essere promossa (art. 113, § 2°, cod. civ.). Abbiamo dunque disposizioni di legge, alcune delle quali, considerate a rigore, supporrebbero la vita dell'assente, altre la morte, od almeno la incertezza s'egli esista o no. La conclusione logica di tutto ciò dev'essere che non sussista veramente

alcuna presunzione legale, nè nell'uno, nè nell'altro senso. D'altronde il fondamento di quelle disposizioni può spiegarsi perfettamente con tutt'altri concetti. Nello stadio di presunzione dell'assenza vi è già l'incertezza sull'esistenza della persona, derivata dalla scomparsa di lei e dalla mancanza d'ogni sua notizia. Per altro la brevità del tempo decorso dacchè si è prodotto questo stato di cose, il non essersi praticate ancora quelle indagini giudiziali, da cui potrebbe risultare provato se e dove l'assente esista, non danno ragione di mutare le condizioni del patrimonio da lui lasciato, di dare ad altri il possesso dei beni, d'ingerirsi nell'amministrazione di questi. Solamente quando si presenti la necessità di atti, senza i quali i diritti dell'assente potrebbero soffrir detrimento, di provvidenze, mancando le quali alcuni dei beni costituenti il patrimonio di lui potrebbero perire o deteriorarsi, la legge lascia in potere del tribunale di nominare chi rappresenti l'assente in quegli atti, di dare i provvedimenti che riconosca indispensabili. E ciò per l'interesse pubblico, perchè — come osserva giustamente un celebre scrittore — “ la società deve vegliare “ acciocchè le ricchezze, prodotto del lavoro, non si per- “ dano per mancanza di cure e di vigilanza „; per l'interesse dell'assente, se vive, trovandosi egli presumibilmente e di fatto nella impossibilità di provvedere ai propri affari; pei presunti eredi, nel caso di morte dell'assente, giacchè non potendo essi ancora farsi immettere nel possesso dei beni, soffrirebbero pregiudizio dal loro abbandono; in fine pei terzi, come sarebbero i creditori, o i soci, ai quali evidentemente interessa la conservazione del patrimonio del loro debitore o dei beni sociali, e la effettuazione degli atti relativi.

Così, non è dunque sovra una presunzione legale di vita dell'assente, che si fondi la disposizione dell'art. 21, cod. civ.; ma sulla necessità di provvedere alla conservazione del patrimonio dell'assente predetto, per lui stesso se vive ancora, pei suoi presunti eredi, in caso che sia morto, e

generalmente per chiunque vi abbia interesse. Quella conservazione di patrimonio costituisce lo scopo unico dei provvedimenti ammessi dalla legge per questo primo stadio dell'assenza; la necessità di tali provvedimenti ne forma la condizione indispensabile; la incertezza della vita o della morte dell'assente, anzichè la presunzione di vita, è dominante nello spirito della legge. E se ciò non ostante il rappresentante nominato dal tribunale agirà come mandatario legale dell'assente, se al nome di questo dovranno compiersi i provvedimenti ritenuti necessari alla conservazione del suo patrimonio, ciò sarà unicamente per la necessità delle cose; perchè non essendo ancora immessi nel possesso dei beni i presunti eredi, non sarebbe possibile agire in nome d'altri che dello stesso proprietario assente, del quale d'altronde, se è incerta la vita, non è ancor provata la morte.

Similmente le disposizioni relative alle ragioni eventuali, che si aprano in favore dell'assente, ed al coniuge ch'egli abbia lasciato, sono spiegabili indipendentemente da una presunzione di morte di lui. Se quelle ragioni non possono essere reclamate in suo nome, non è perchè se ne presuma verificata la premorienza, ma perchè bisognerebbe provare ch'egli avesse esistito quando nacque il diritto invocato, e questa prova è resa impossibile dalla incertezza che vi è sulla vita o sulla morte dell'assente. Se il nuovo matrimonio, che in onta all'impedimento legale sia stato contratto dal coniuge dell'assente, non può essere impugnato finchè dura l'assenza, è ancora per la incertezza dominante sulla vita o sulla morte del primo coniuge assente allorchè quel nuovo matrimonio fu contratto; chè anzi se vi fosse presunzione legale di morte del primo coniuge dovrebbesi senz'altro considerare come sciolto il primo matrimonio, e valido quindi il secondo.

Passiamo dal primo al secondo stadio dell'assenza, e fermiamoci per un istante alla sentenza, che a norma di legge l'abbia dichiarata. Sorge da quella sentenza una pre-

sunzione di morte dell'assente? Non è possibile ammetterlo. Trascorso quel numero d'anni, che secondo i casi è determinato dalla legge, assunte le necessarie informazioni, adempite tutte le formalità prescritte, il tribunale pronuncia la dichiarazione di assenza, perchè tutto il risultamento di questa procedura è stato che dalla scomparsa dell'assente in poi non si sono più avute notizie di lui, nè si può sperare di riceverne. Ciò non è ancora che la incertezza se l'assente, di cui non si sa nulla, nè si scorge speranza di saperne, sia vivo o morto. Come potrebbe derivarne una presunzione legale di morte?

Continuiamo la via. Sono trascorsi sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza che dichiarò l'assenza; fu ordinata dal tribunale, sulle istanze degl'interessati, e fu eseguita l'apertura del testamento che l'assente aveva lasciato; gli eredi testamentari o i legittimi chiesero ed ottennero la immissione nel possesso temporaneo dei beni, a norma dell'art. 26, cod. civ. Comincia dopo ciò una presunzione di morte dell'assente? Alcuni lo hanno ritenuto, immaginando una specie di apertura provvisoria della successione, a cui darebbe luogo la dichiarazione d'assenza. Crediamo che tale concetto sia ben lontano dal pensiero del legislatore; ma riserbando ad altro numero la trattazione di questo argomento, ci sembra intanto di poter dimostrare che la pretesa presunzione di morte dell'assente non ha fondamento alcuno nelle disposizioni di legge, le quali porgono anzi gravi argomenti in contrario. Perchè si permette l'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente; perchè si concede agli eredi testamentari o legittimi la immissione nel possesso temporaneo dei di lui beni, ed ai legatari, ai donatari, a tutti coloro che abbiano diritti dipendenti dalla morte dell'assente medesimo si accorda di poterli esercitare provvisoriamente; perchè dal giorno della immissione in possesso chiunque abbia ragioni da far valere contro l'assente deve proporle contro coloro che hanno ottenuta quella immissione; si pretende

che tutto ciò presupponga una presunzione di morte dell'assente. Ma queste disposizioni possono spiegarsi in ben altro modo che col creare una presunzione legale, di cui nel testo non si ha, non che una dichiarazione espressa, nemmeno la più lontana allusione. Passati tre anni continui di assenza presunta, o sei se l'assente avea lasciato un procuratore per amministrare, sulle istanze degl'interessati, il tribunale ha ordinato che siano assunte informazioni, e a questo provvedimento fu data la massima pubblicità; le informazioni furono assunte, e non essendone risultato altro che la completa mancanza di notizie dell'assente e la esclusione di ogni speranza di ottenerne, il tribunale ha dichiarato l'assenza; questa sentenza fu ripetutamente pubblicata, e sono trascorsi altri sei mesi senzachè l'assente sia ricomparso, nè abbia date sue notizie. Allorchè tutto ciò si è verificato, si è bensì ancora nei termini del dubbio intorno alla vita o alla morte dell'assente, ma in mezzo all'incertezza, le probabilità di morte, sia pel tempo trascorso, sia per la persistente mancanza assoluta di notizie nonostante le indagini fatte, le molteplici formalità osservate, e l'ampia pubblicità data al procedimento ed alla sentenza, sono notevolmente accresciute. Allora pertanto pensò il legislatore che fosse tempo di uscire da quella stretta cerchia di provvedimenti speciali diretti alla semplice conservazione del patrimonio dell'assente, limitati alla pura necessità, che furono ammessi pel primo periodo dell'assenza. Un più lungo abbandono di quel patrimonio danneggierebbe gli eredi e gli aventi ragioni dipendenti dalla morte dell'assente, i diritti dei quali sono forse già verificati di fatto per la morte non ancora accertata di lui; potrebbe nuocere all'assente stesso, nel caso ch'egli viva ancora; mentre, per contrario, l'esser dati i beni a coloro, che essendo chiamati a raccoglierli come eredi, hanno interesse di conservarli e migliorarli, gioverà presumibilmente anche all'assente. Ed ecco sorgere da ciò l'istituto della immissione degli eredi nel possesso dei beni

dell'assente dichiarato, dell'ammissione all'esercizio d'ogni altro diritto dipendente dalla morte dell'assente medesimo; istituto che risaliva, del resto, all'antica giurisprudenza francese. Per altro, questa immissione in possesso, questo esercizio di diritti, non furono ammessi che temporaneamente soltanto, e circondandoli di cautele in pro dell'assente, pel caso che ricomparisca, col prescrivere la formazione dell'inventario e la prestazione della cauzione (art. 26, § 4°, 29, cod. civ.). Il possesso temporaneo non è ritenuto attributivo d'una proprietà piena a favore dei possessori, ma solo dei diritti di amministrare i beni, di goderne le rendite, salve ancora certe limitazioni in pro dell'assente, e di promuovere in giudizio le ragioni che a lui spettino (art. 28 e 31, cod. civ.). Che cosa vi ha in tutto ciò, che presupponga necessariamente una presunzione legale di morte dell'assente? E non è evidente piuttosto che tutto si fonda sulla incertezza della vita o della morte di lui, poichè si dispongono tante cautele nel suo interesse pel caso che ricomparisca? Senza dubbio, su questa parte di ordinamento ha influito la considerazione dell'essersi notabilmente accresciute le probabilità di morte dell'assente; ma da ciò all'esservi una presunzione legale di morte corre gran tratto. Certamente, è una derogazione alle regole comuni che si permetta l'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente, quando ancora non è accertata la morte di lui; ma tutto l'ordinamento dell'assenza esorbita, per necessità delle cose, dalle norme ordinarie; e una volta ammessa l'immissione degli eredi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, dovevasi indispensabilmente preferire gli eredi testamentari ai legittimi (art. 720, cod. civ.); come, ciò posto, diveniva una necessità indeclinabile far luogo all'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente.

Veniamo all'ultimo punto. L'assenza fu continuata per lo spazio di trent'anni dopo la immissione provvisoria, ovvero sono trascorsi cento anni dalla nascita dell'assente e le ultime notizie di lui risalgono almeno a tre anni ad-

dietro. Gl'interessati hanno quindi chiesta la immissione in possesso definitivo, e il tribunale l'ha pronunziata (art. 36, cod. civ.). Fu ordinato lo scioglimento delle cauzioni, cessò di diritto ogni vigilanza di amministrazione ed ogni dipendenza dall'autorità giudiziaria, e gli immessi in possesso acquistarono la facoltà di procedere a divisioni definitive e di disporre dei beni liberamente (art. 37, cod. civ.). All'assente, pel caso che ritornasse o fosse provata la sua esistenza, rimase solo il diritto di ricuperare i beni nello stato in cui si trovano, di conseguire il prezzo di quelli alienati, ove sia tuttora dovuto, od i beni nei quali sia stato investito (art. 39, cod. civ.). In questo nuovo stato di cose almeno è da ritenersi esistente una presunzione legale di morte dell'assente? Non può negarsi che qualche grave considerazione farebbe propendere per una risposta affermativa. Gl'immessi in possesso cessano d'essere semplici amministratori, sono prosciolti da tutti i vincoli che come tali dovevano subire, agiscono oramai come veri proprietari, possono disporre dei beni liberamente. Tutto ciò non dimostra forse che in virtù di legge, e per la qualità di eredi dell'assente, che diede luogo alla loro immissione in possesso, si reputa trasmessa ad essi a titolo di successione ereditaria la proprietà dei beni che l'assente aveva lasciati? E se è così, non ne risulta necessariamente la presunzione della morte dell'assente, che abbia prodotta l'apertura della successione di lui? Nondimeno un tale ragionamento non reggerebbe. Dove mai la legge ha parlato di aprimento della successione dell'assente, che si reputi avvenuto al verificarsi delle condizioni contemplate nell'art. 36 del codice civile? Ivi è detto soltanto che " il tribunale, sull'istanza delle parti interessate, " pronunzia la immissione nel possesso definitivo " a favore di coloro che l'avevano prima ottenuta temporaneamente. È la stessa immissione in possesso, conceduta tosto dopo la dichiarazione di assenza, che continuando viene solo modificata nei suoi effetti. Da principio essa attribuiva

agl'immessi i soli diritti di amministrare i beni e di goderne le rendite; ora si completa colla facoltà di disporre dei beni; ma è sempre la semplice *immissione in possesso*, istituto d'indole affatto speciale, che può in qualche parte assimilarsi i caratteri della successione, senza però mai confondersi con essa. Scomparisce con ciò il fondamento della supposta presunzione di morte dell'assente. Nè, per verità, può esservi bisogno di ricorrere ad una tale presunzione per spiegare la disposizione della legge. Essa considerò che trascorsi trent'anni di assenza continuata dopo l'immissione in possesso temporaneo, o cento anni dalla nascita dell'assente, le cui ultime notizie risalgano almeno a tre anni addietro, conveniva por termine una volta a questo stato di provvisorietà, da cui era tenuto nella incertezza lo stato delle famiglie; che l'interesse pubblico stesso consigliava a far rientrare nel commercio i beni dell'assente; che nello stato delle cose il ritorno di costui sarebbe un avvenimento straordinario, e in tal caso egli avrebbe da imputare a sè di aver mancato per sì lungo tempo di dare sue notizie. Queste ragioni — espressamente dichiarate nei lavori preparatori del codice Napoleone — giustificavano la mutazione che la legge introduceva nei caratteri del possesso, in cui gli eredi erano immessi, trasformandolo da temporaneo in definitivo, aggiungendo agli attributi dell'amministrazione e del godimento quello ancora della disponibilità dei beni. Che cosa vi è in tutto ciò di comune colla presunzione di morte dell'assente? Oltre di che, se una tale presunzione fosse ritenuta dalla legge, dovendo essa produrre indistintamente tutti gli effetti che secondo la natura sua ne sarebbero propri, avrebbe a derivarne ancora lo scioglimento del matrimonio in cui l'assente fosse legato, e la facoltà conseguente del coniuge rimasto presente di contrarre una nuova unione, ciò che è contraddetto dal testo della legge (art. 56, 79, § 3°, cod. civ.).

La conclusione è dunque, che in nessuno stadio dell'as-

senza vi è mai presunzione legale di vita o di morte dell'assente; che la legge considera sempre come incerta l'esistenza di lui; che solo le probabilità di morte, crescenti di fatto in ragione del tempo durante cui continui l'assenza, e delle altre circostanze dalla legge contemplate, rendono ragione dei diversi provvedimenti dalla legge medesima stabiliti pei vari periodi dell'assenza; provvedimenti che vanno sempre più avvicinandosi, ma che non giungono mai a quello stato di cose al quale darebbe luogo la morte dell'assente che fosse accertata.

La questione di cui ora trattammo, e l'altre che vi si collegano, e che discuteremo nei numeri seguenti, si attengono al fondamento stesso di tutto l'ordinamento relativo all'assenza, ed esercitano una influenza decisiva per la risoluzione di difficoltà gravissime che si presentano in questa materia. Confidiamo perciò che non ci venga rimproverato d'insistervi troppo.

Per ciò che riguarda questo primo punto, dell'esservi, o no, presunzione di vita o di morte dell'assente, troviamo nella dottrina una discordanza grandissima di opinioni.

Alcuni autori insegnano che, *dichiarata l'assenza, la persona si debba reputare morta sin dal giorno in cui è scomparsa, o da quello delle ultime sue notizie* (1); soggiungendo però che questo principio, generale ed applicabile senza eccezioni relativamente ai terzi, soffre limitazioni in riguardo al coniuge rimasto presente, quanto alla proibizione fattagli di passare a nuove nozze finchè non consti della morte dell'assente, e quanto al diritto, conferitogli dall'art. 124 del codice Napoleone, di optare per la continuazione della comunione di beni, in cui si trovi col coniuge assente stesso.

Secondo altri, la presunzione di morte dell'assente non si verificherebbe che nel caso d'immissione degli eredi nel

---

(1) V. PROUDHON, *Tr. sur l'état des personnes*, t. I, p. 277, 11; DELVINCOURT, t. I, p. 50, nª 7; DURANTON, t. I, n. 380, 389, 484.

possesso definitivo dei beni, e più specialmente trascorsi che fossero cento anni dalla nascita dell'assente, risalendo però allora la presunzione della morte di lui fino al giorno della sua scomparsa, o delle ultime notizie (1).

I più riconoscono non esservi in alcun momento dell'assenza una vera presunzione legale intorno all'esistenza della persona di cui non si hanno notizie; ma parlano invece d'una *supposizione*, or di vita, or di morte, che secondo i varii periodi prevarrebbe, diverrebbe dominante, e costituirebbe il fondamento delle diverse disposizioni della legge. Come poi si possa qualificare questa *supposizione*, che sarebbe consacrata dalla legge formando base delle sue disposizioni, ma intanto non costituirebbe una *presunzione legale*, nè potrebbe considerarsi come una *presunzione dell'uomo*, dal momento che non sarebbe lasciata alla prudenza del giudice, ma ritenuta dalla legge stessa, a noi, per verità, riesce difficile il comprenderlo.

Comunque, è certo che su tali principii riesce malagevole il fondare una teoria chiara e sicura. Tra gli altri, un autore, che nelle sue dottrine manifestava di solito un esemplare rigore di logica, non si mostra qui, a nostro modo di vedere, abbastanza coerente. In un luogo del suo commentario egli aveva insegnato che " una volta pro-" nunciata la dichiarazione d'assenza, la persona *si sup-" pone morta, fino a prova del contrario* „; ciò che sarebbe l'affermazione precisa d'*una presunzione legale*, sebbene *non assoluta*. All'opposto più innanzi egli convenne nella massima contraria, soggiungendo però che *la supposizione, l'idea della morte* domina sulle disposizioni date dal legislatore pel tempo che segue dopo la dichiarazione d'assenza. Riferiremo le sue parole:

" Non vi è presunzione legale, nel senso tecnico di " questa parola; ciò è ben inteso. Ma non è a dirsi perciò,

---

(1) V. Merlin, *Questions*, v° *Absent*, § III; Ledru-Rollin, *Rép.*, v° *Absence*, n. 339, 340.

" come spesso si afferma, che la legge resti sempre nel " dubbio assoluto, senza far mai dominare il pensiero " della vita, nè quello della morte....... È evidente anzi " che le due idee di vita e di morte dominano successiva- " mente. L'idea della vita prevale durante la *presunzione* " *d'assenza;* l'idea della morte predomina *dopo la dichia-* " *razione d'assenza* „ (1).

Altri, seguendo in principio lo stesso ordine di concetti, ne modificarono però l'applicazione, ritenendo che la presunzione di morte dell'assente non sia dominante che sull'ultimo periodo, della *immissione in possesso definitivo*. Dicono, che fino a quando l'assenza è semplicemente *presunta* prevale la supposizione della vita; che dichiarata l'assenza, e finchè dura l'*immissione nel possesso temporaneo* dei beni, le presunzioni di vita e di morte si equilibrano, e l'idea prevalente si è che l'esistenza o il decesso dell'assente siano ugualmente incerte; che nell'ultimo periodo, in cui si fa luogo alla *immissione nel possesso definitivo*, l'idea fondamentale, su cui riposano i provvedimenti ammessi dalla legge, è *la supposizione della morte dell'assente* (2).

Un altro illustre giureconsulto, dopo avere accennato egli pure alla teoria ora riferita, ed avvertito ch'essa non potrebbe, in ogni caso, generalizzarsi, ma sarebbe limitata ai soli diritti che già avessero appartenuto all'assente nel momento della scomparsa, o delle ultime sue notizie, proseguiva dicendo:

" Ma la verità si è che la incertezza legale non cessa " mai completamente; e che se la presunzione di vita e " quella di morte ottengono a vicenda l'una sull'altra una " certa prevalenza sotto aspetti parziali, nè l'una nè l'altra " prevale però mai assolutamente e senza limitazione su " tutti i punti. *Più sicuro è pertanto di non pronunciare su* " *questo argomento nessuna proposizione assoluta;* ed è ap-

---

(1) V. Marcadé, art. 123, 124, t. I, n. 367, 403.

(2) V. Zachariæ, Aubry e Rau, t. I, § 148, n^a^ 3; Dalloz, *Rép.*, v° *Absence*, n. 426.

" punto a ciò che si è conformata la legge, non avendo " essa in nessun testo consacrate a questo proposito vere " presunzioni „ (1).

Così dunque, la guida più sicura, in una materia che presenta tante difficoltà e tanti dubbi, dovrebbe consistere in lasciar tutto nella incertezza e nell'equivoco?

Un più recente scrittore, nella esposizione dei principii generali che premise alla spiegazione del titolo dell'assenza, sostenne, con quella efficacia che gli era consueta, non esservi mai in nessun periodo dell'assenza nè presunzione di vita, nè presunzione di morte; caratteristica di questo istituto, in ogni suo svolgimento, in ogni sua fase, essere sempre la incertezza della esistenza dell'assente; i varii provvedimenti ammessi dalla legge essere sempre stabiliti in considerazione dei diversi gradi di tale incertezza, la quale aumenta progressivamente nel senso della morte, anzichè in quello della vita, ma non mai esclusivamente sulla presunzione di vita, o su quella di morte (2). Non abbiamo potuto convincerci delle opinioni manifestate da questo autore in altri punti della sua teoria fondamentale sull'assenza; e ne esporremo più oltre le ragioni. Ma quanto a questa parte, del non esservi presunzione, nè di vita, nè di morte, in nessuno dei periodi in cui la legge ha distinta l'assenza, reputiamo chiarissimo ch'egli abbia completa ragione contro la dottrina comunemente invalsa. E pensiamo che gli erronei concetti di questa siano dipenduti dall'aver considerata l'immissione dei presunti eredi nel possesso dei beni lasciati dall'assente, come conseguenza d'una specie d'aprimento, provvisorio prima, definitivo poi, della successione dell'assente.

Storicamente, non meno che pei motivi sui quali è fondata, l'immissione in possesso a profitto dei presunti eredi dell'assente è un istituto per sè stante, e d'indole

---

(1) V. Demolombe, t. II, n. 11.
(2) V. Laurent, t. II, n. 122, p. 155, ss.

affatto speciale; che può modellarsi sull'apertura della successione, a cui darebbe luogo l'accertamento della morte dell'assente, ma non dipende da essa.

Quella stessa giurisprudenza francese, che decampando dalla regola, per la quale si presumeva vivo l'assente finchè non fossero compiti cento anni dalla nascita di lui, stabilì invece la massima che *non si presumesse nè la vita nè la morte*, ma chi l'una o l'altra allegasse dovesse somministrarne la prova; quella stessa giurisprudenza autorizzava gli eredi presunti dell'assente a chiedere l'immissione in possesso dei beni, affinchè questi non rimanessero abbandonati.

E le ragioni, che fecero accogliere nelle successive legislazioni questo medesimo istituto della immissione in possesso, erano pure indipendenti dall'idea della morte dell'assente. Pronunciata la dichiarazione d'assenza, accertata, mediante le indagini giudiziali fatte con forme solenni e pubbliche, l'assoluta mancanza d'ogni notizia dell'assente, bisognava uscire da quell'ordine di provvedimenti meramente conservatorii, ch'erano appropriati allo stadio dell'assenza semplicemente presunta; bisognava lasciar modo a chi vi aveva interesse di sfruttare il più utilmente possibile ed anche migliorare i beni lasciati dall'assente; bisognava quindi immetterne in possesso i presunti eredi, i quali forse di fatto erano già i veri proprietari di quei beni, poichè le probabilità di morte dell'assente erano da ritenersi, dopo la dichiarazione giudiziale, notabilmente accresciute. Così consigliava l'interesse pubblico, quello dei presunti eredi, quello dell'assente medesimo, se pur vivesse.

Passati trent'anni dopo la immissione in possesso temporaneo, o cento dopo la nascita dell'assente, era ragionevole di porre fine allo stato di provvisorietà, definire la posizione dei presunti eredi, rimettere in commercio i beni, trasmutar quindi il possesso da provvisorio in definitivo, rispettando pur sempre le ragioni dell'assente pel caso che

ricomparisse. Lo esigevano l'ordine delle famiglie e l'interesse anche pubblico. D'altronde le probabilità di morte dell'assente erano oramai smisuratamente aumentate; e se ricomparendo egli dovrebbe contentarsi di ricuperare i soli beni esistenti in natura od in equivalente presso gl'immessi in possesso, e nello stato in cui quei beni si trovassero, ciò non era da reputarsi del tutto indipendente da colpa di lui.

Queste ragioni non erano forse sufficienti per motivare le disposizioni della legge quanto all'immissione degli eredi nel possesso, sia temporaneo, sia definitivo dei beni dell'assente, senza che fosse necessario aggiungervi la presunzione, o supposizione che voglia dirsi, della morte di lui? Non basta che questa sia divenuta tanto più probabile, ma dev'essere proprio indispensabile di supporla accertata?

Qualcuno degli espositori del codice italiano ha concordato in questi concetti (1); mentre altri insegnò che “ *l'assente presunto si ritiene piuttosto vivo che morto; l'assente dichiarato, nel primo periodo si ritiene piuttosto morto che vivo, nel secondo periodo poi si considera morto* „ (2), e secondo altri ancora, allorchè è pronunciata la sentenza dichiarativa dell'assenza “ la successione dell'assente, *che già si presume estinto*, si apre in tutte le regole, benchè non si abbia certezza quanto basti per ritenerla definitiva „ (3).

135. — Secondo la dottrina comunemente ricevuta, scopo della legge, in tutti i provvedimenti che stabilisce per l'assenza, è di conciliare fin dove sia possibile gl'interessi dell'assente con quelli delle persone rimaste presenti, e specialmente dei presunti eredi e di coloro che abbiano

---

(1) V. Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol. I, n. 39 a 41, p. 47, 11.
(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Istit.*, LI, n. 145.
(3) V. Borsari, *Comm.*, art. 26, 27, vol. I, § 145, p. 215.

sui beni lasciati da lui dei diritti particolari dipendenti dalla sua morte. Solamente, secondo i varii momenti in cui l'assenza viene considerata, gli uni di questi interessi dovrebbero riguardarsi come predominanti sugli altri. E così nello stadio dell'assenza presunta sarebbe l'interesse dell'assente stesso, che il legislatore avrebbe avuto principalmente in vista; mentre nel periodo della dichiarazione d'assenza, e finchè l'immissione in possesso a pro degli eredi sia solamente temporanea, gl'interessi loro e quelli dell'assente otterrebbero uguale protezione, quantunque manifestata in modi diversi; e da ultimo poi nella immissione in possesso definitivo sarebbero gl' interessi degli eredi e degli aventi sui beni dell'assente diritti particolari dipendenti dalla morte di lui, che acquisterebbero una prevalenza assoluta (1). Ma una teoria più recente tenderebbe a cangiare completamente quest'ordine d'idee, sostenendo che " durante il periodo della presunzione di " assenza, la legge si preoccupa esclusivamente dell'inte- " resse dell'assente „; che quando l'assenza fu dichiarata, e gli eredi presunti ottengono la immissione nel possesso temporaneo dei beni, è ancora l'interesse dell'assente, che principalmente almeno si vuol proteggere dal legislatore, affidando ai presunti eredi la semplice amministrazione dei beni, con obbligo d'inventario e di cauzione; che in fine è solo nell'ultimo momento, della immissione in possesso definitivo, che l'interesse dei presunti eredi diviene veramente preponderante (2).

Come facilmente si avverte, tutto ciò non è che un riflesso delle varie opinioni che si formarono intorno alla questione di cui parlammo nel numero precedente, colla quale questa ha strettissima relazione, ed importanza non minore. E veramente, qualora le disposizioni della legge si fondino sopra una presunzion di vita dell'assente, è na-

---

(1) V. Demolombe, t. II, n. 1, 72, 146; Zachariæ, Aubry e Rau, t. I, § 148.
(2) V. Laurent, t. II, n. 119, 120, 121, 133.

turale che debbasi avere principalmente in considerazione l'interesse di lui, quale proprietario dei beni a cui si tratta di provvedere; mentre all'opposto qualora si fondi sopra una presunzione di morte dell'assente, è altrettanto ovvio che gl'interessi dei presunti eredi debbano preponderare; come infine, ritenuto che le presunzioni di vita e di morte bilanciandosi lascino una completa incertezza, non vi sarebbe da questo lato alcuna ragione per considerare come prevalenti nella mente del legislatore gl'interessi dell'assente o quelli dei presunti eredi di lui, se altri motivi non vi fossero, dimostranti che si fosse voluto proteggere più gli uni che gli altri. — Per parte nostra, ricorreremo di nuovo ai principii fondamentali, che ci è sembrato di potere stabilire intorno a questo istituto, colla fiducia di trovarvi gli elementi per una risoluzione chiara e sicura anche di questo nuovo quesito.

Osservammo, che nello stadio della semplice presunzione di assenza, allorchè vi è soltanto una vaga incertezza intorno all'esistenza della persona, per la scomparsa e la mancanza di notizie di lei, ma non sono ancora state fatte le indagini giudiziali, che potrebbero dissipare quella incertezza somministrando prove della vita o della morte della persona stessa, lo scopo vero ed unico dei provvedimenti ammessi dalla legge sta nella conservazione del patrimonio lasciato dall'assente. E ciò, non precisamente ed esclusivamente per proteggere lui — il che senza dubbio entra pure nelle viste della legge, perchè, se l'assente vive, è da supporre che si trovi nella impossibilità di provvedere agli affari da lui lasciati nel luogo da cui è scomparso — ma eziandio per gli eredi dell'assente, nel caso che egli sia morto, pei terzi che abbiano diritti da esercitare, ed in genere per chiunque abbia interesse a quella conservazione del patrimonio, ed inoltre per l'interesse pubblico, che pure vi è impegnato. Questo concetto desumeremmo dal testo stesso del nostro codice; il quale coll'autorizzare nell'articolo 21 il tribunale a dare *tutti i provvedimenti che siano*

necessari alla conservazione del patrimonio dell'assente, ha dimostrato chiaramente, secondo noi, come l'oggetto delle provvidenze da esso ammesse per questo stadio dell'assenza, consista soltanto nella conservazione del patrimonio per chiunque possa avervi interesse, o sia poi l'assente stesso se vive, o siano gli eredi di lui se è morto, o siano anche terze persone. Ciò d'altronde è conforme a ragione, poichè essendosi in uno stato di completa incertezza intorno alla esistenza dell'assente, non sarebbe coerente pensare alla protezione di lui solo, che forse non esiste più, ma è giusto invece di provvedere alla conservazione dei beni per chiunque possa attualmente avervi interesse. La medesima idea è inoltre raffermata dalla disposizione dell'art. 21, nella parte in cui determinando le persone, che possono fare istanza pei provvedimenti necessari durante la presunzione d'assenza, indica, oltre al ministero pubblico, *gl'interessati o gli eredi presunti.*

Il *Laurent*, per dimostrare che “ durante il periodo della “ presunzione d'assenza *la legge si preoccupi esclusivamente* “ *dell'interesse dell' assente* „ argomenta dalla considerazione che i provvedimenti ammessi dalla legge in questo periodo siano limitati ai casi di stretta necessità, allo scopo di evitare una indiscreta ingerenza negli affari dell'assente. Ciò è vero, ed è anzi espressamente dichiarato nel testo del nostro codice (art. 21). Ma da questo riguardo giustamente usato all'assente, pel caso ch'egli viva ancora, non vediamo potersene indurre che nell'interesse esclusivo di lui siano introdotti i provvedimenti, che da qualunque persona interessata possono essere invocati. Anche il codice francese (art. 112) diceva che all'amministrazione dei beni lasciati dal presunto assente provvedeva il tribunale *a richiesta delle parti interessate*. Se si trattasse del solo interesse dell'assente, per proteggerlo come un incapace, il promuovere i provvedimenti relativi sarebbe stato affidato, come negli altri casi, ai parenti dell'incapace stesso. L'essersene estesa la facoltà a qualunque persona

avente interesse, significa dunque che appunto a vantaggio di tutti gl'interessati sono quei provvedimenti ammessi.

L'autore cita in appoggio del suo assunto le parole dette da *Bigot-Préameneu* nel discorso al Corpo legislativo; le quali erano le seguenti: " Allorchè l'assenza non è ancora " che presunta, non si reputa per ciò solo che gli affari " della persona lontana siano in sofferenza, è necessario " che se ne abbiano prove positive; e quando pure questa " persona non abbia lasciato alcun procuratore, è da pre- " sumersi che se ne sia astenuta per non confidare i se- " greti della sua fortuna. Con quanto riserbo pertanto i " magistrati stessi, nonostante la rispettabilità del loro " carattere e la fiducia che meritano, debbono procedere " nel decidersi a penetrare nel domicilio, che è stato sempre " un sacro asilo! „

Ma il *Laurent* traduce le surriferite osservazioni in quest'altra forma:

" Il domicilio dei cittadini è un sacro asilo; e, non " ostante il loro carattere rispettabile e la confidenza che " meritano, i magistrati non debbono penetrarvi, se non " con estrema circospezione, *e nel solo scopo di proteggere* " *l'assente* „.

Ora, queste ultime parole contengono un'aggiunta evidente, fatta per comodo della tesi, ai concetti espressi dall'oratore, che riferiva il progetto di legge sull'assenza al Corpo legislativo di Francia.

Quanto al secondo stadio, cioè della dichiarazione di assenza, e fintanto che la immissione degli eredi nel possesso dei beni non sia che temporanea, se ricordiamo che questo della immissione in possesso è un istituto d'indole tutto speciale, introdotto affinchè i beni lasciati dall'assente non rimangano abbandonati, od almeno curati imperfettamente nei soli limiti della stretta necessità per evitarne la perdita o la deteriorazione, ed affinchè gli eredi — i quali forse sono già i veri proprietari di quei beni per la morte avvenuta, ma non ancora provata, dell'assente —

possano sfruttarli nel miglior modo possibile ed anche migliorarli; sarà facile indurne che i provvedimenti ammessi dalla legge per questo periodo dell'assenza, e subordinati appunto al concetto fondamentale della immissione degli eredi nel possesso dei beni, siano inspirati principalmente dall'interesse degli eredi stessi. Certo, non era esclusivamente questo interesse, che il legislatore avesse a proteggere; doveva guarentire eziandio quello dell'assente pel caso ch'egli ricomparisse, tanto più che in questo periodo le probabilità della morte di lui non potevano considerarsi ancora come giunte al massimo grado, quantunque fossero già notevolmente accresciute pel tempo trascorso e per le indagini giudiziali riuscite frustranee.

Ed infatti vi fu provvisto, col limitare i poteri dei possessori alla sola amministrazione ed al godimento dei beni, e coll'esigerne la formazione dell'inventario e la cauzione. Ma prese queste cautele, si considerò che la immissione degli eredi in possesso dei beni giovava in fondo all'interesse medesimo dell'assente, il quale non avrebbe potuto sperare migliori amministratori di coloro che sono personalmente interessati nella gestione.

Non è a disconoscersi che l'essere stato vietato agl'immessi in possesso di fare qualsiasi atto che ecceda la semplice amministrazione, se non ne abbiano riportata l'autorizzazione giudiziale, e l'averli assoggettati a quelle stesse cautele che sono imposte agli amministratori de' beni altrui, può far pensare che la immissione stessa in possesso sia stata introdotta veramente nell'interesse dell'assente, piuttostochè nell'interesse di coloro che la ottengono. Ma questo pensiero, che riuscirebbe in ultimo a far considerare gl'immessi in possesso sotto il solo aspetto di amministratori de' beni altrui, non sarebbe conforme alla legge; secondo la quale gli eredi testamentari o gli eredi legittimi dell'assente ottengono il possesso dei beni da lui lasciati, come persone che hanno diritti eventuali su di essi, non come semplici mandatari legali dell'assente stesso. Ciò è tanto vero, che

l'articolo 28 del codice civile, determinando gli effetti della immissione nel possesso temporaneo, riconosce a favore di coloro che la ottengono una parte degli attributi del dominio, il diritto di amministrare, quello di promuovere in giudizio le ragioni formanti parte del patrimonio, quello di godere le rendite; e delle facoltà inerenti alla proprietà piena (art. 436, cod. civ.) eccettua soltanto quella di disporre de' beni, per riguardo alla eventualità che l'assente possa ricomparire; ed appunto per guarentire l'osservanza di questa limitazione prescrive ai possessori di dover fare inventario e prestare cauzione. Il diritto stesso di godimento va soggetto veramente a certi limiti, ai quali accenna il predetto articolo 28, e che sono poi determinati nel successivo articolo 31. Ma non perciò sarebbe esatto considerare quel godimento come una semplice indennità conceduta in compenso del peso dell'amministrazione, e per invitare i presunti eredi ad assumerla, mentre il principio stabilito nell'articolo 28 è che spetti agl'immessi in possesso l'intiero godimento delle rendite, e lo hanno effettivamente quando siano gli ascendenti o i discendenti o il coniuge dell'assente, o quando siano trascorsi trent'anni dalla immissione in possesso (art. 30 e 31, § 3, cod. civ.); e trattandosi anche di parenti in linea collaterale, è riconosciuto per massima a loro favore il diritto al godimento dei beni, salvo solo che debbano *riservare*, secondo i casi, un terzo al più, un decimo al meno delle rendite pel caso che l'assente ricomparisca prima che siano passati trent'anni. Sarebbe davvero una posizione singolarmente privilegiata quella di un semplice amministratore dei beni altrui, al quale si concedesse per compenso in molti casi l'intiero godimento delle rendite di quei beni, e nei casi meno favorevoli la più gran parte di esse!

Senza dubbio, gl'immessi in possesso temporaneo, nelle loro relazioni coll'assente, che ritorni o di cui venga provata l'esistenza, saranno trattati come amministratori di beni altrui; ma non è men vero ch'essi esercitano intanto

l'amministrazione nel loro interesse pel caso contrario, che l'assente non ricomparisca; e la esercitano per diritto proprio, come aventi ragioni eventuali sui beni di cui sono posti in possesso. E che sia così, lo dimostra pure il riflesso, che solo a loro richiesta vengono immessi in possesso dei beni e ne diventano amministratori; mentre se fossero considerati come amministratori legali nell'interesse d'un incapace, sarebbe, come negli altri casi, un obbligo a cui andrebbero soggetti indipendentemente dal concorso della loro volontà, in corrispondenza dei vantaggi di cui sarebbero eventualmente chiamati a godere nella qualità di eredi.

Un altro argomento nel medesimo senso ci è pure somministrato dalle disposizioni degli articoli 22 e 26 del codice civile, che danno luogo alle domande di dichiarazione di assenza e d'immissione in possesso dei beni, non ostante che l'assente abbia lasciato un procuratore per amministrare, qualora siano trascorsi sei anni continui d'assenza presunta. Ciò si comprende ammettendo che l'immissione in possesso sia introdotta principalmente nell'interesse degli eredi. Ma se si ritenga invece che l'interesse principale, alla cui protezione siano dirette le disposizioni della legge, sia quello dell'assente stesso, come si può spiegare che quantunque agli affari propri abbia egli provveduto pienamente colla nomina d'un procuratore, il quale sia tuttora nell'esercizio del suo mandato, gli eredi, o gli altri che abbiano diritti dipendenti dalla morte di lui, possano far dichiarare l'assenza, ed ottenere l'immissione in possesso, facendo così cessare il mandato che l'assente avea conferito?

Sembra dunque indubitabile che nel periodo della immissione in possesso temporaneo è l'interesse degli eredi testamentari o degli eredi legittimi, dei legatari, dei donatari, e di tutti coloro i quali abbiano sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui, che principalmente determinò il legislatore alle disposizioni che ha date; quantunque sia stato con esse provveduto eziandio

a guarentire con opportune cautele l'interesse dell'assente medesimo, pel caso ch'egli ritorni o venga provata la sua esistenza.

Il *Laurent*, per sostenere la sua teoria — secondo la quale i presunti eredi, immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, dovrebbero essere riguardati come semplici amministratori per altri, e le relative disposizioni di legge dovrebbero reputarsi subordinate al solo interesse dell'assente — faceva gran fondamento su quella espressione dell'articolo 125 del codice francese in cui era detto che “ il possesso provvisionale *non sarà che un deposito*, il “ quale conferirà a quelli che l'otterranno l'amministra- “ zione dei beni dell'assente, rendendoli responsabili verso “ il medesimo, nel caso in cui ricomparisca o si abbiano “ di lui notizie „. Ed osservava che il deposito si fa nell'interesse del *deponente*. L'articolo 28 del nostro codice non ha ricopiata l'espressione impropria che si conteneva nel corrispondente articolo 125 del codice francese. Ma, ad ogni modo, è ovvio il notare che l'argomentazione dell'illustre autore avrebbe fondamento qualora il legislatore francese avesse inteso di definire il possesso provvisorio come un vero e proprio *deposito*. Ciò però non era, nè poteva essere. L'immissione giudiziale degli eredi nel possesso di tutto il patrimonio lasciato dall'assente, non poteva confondersi con un contratto gratuito il quale non può avere per oggetto che cose mobili. Il legislatore avea voluto soltanto far rilevare con una espressione energica come gli immessi in possesso non divenissero proprietari dei beni dell'assente; e come in riguardo a quest'ultimo, qualora ricomparisse, o se ne avessero notizie, quel possesso non potesse considerarsi che come una semplice detenzione precaria. Ciò posto, non era certo il caso di poter applicare il principio che il deposito si fa nell'interesse del deponente.

L'autore invocava pure in appoggio della sua teoria i lavori preparativi del codice Napoleone, dicendo che “ le “ dichiarazioni più positive degli autori di quel codice at-

“ testano che se gli eredi vengono immessi in possesso, ciò
“ si fa, anzichè nel loro interesse, in quello dell'assente „
e citava alcuni brani di discorsi, dai quali apparisce come siasi avuto in considerazione anche il vantaggio dell'assente, sia nel conferire il possesso dei di lui beni a coloro che hanno interesse di conservarli e bene amministrarli, sia nell'attribuire agli eredi degli utili per stimolarli a rendersi amministratori di quei beni. Tutto ciò, per altro, non concluderebbe veramente per escludere che, sebbene anche l'interesse dell'assente sia stato preso in considerazione dal legislatore, principalmente però non sia l'interesse degli eredi quello che siasi inteso di favorire, concedendo loro la immissione in possesso. E siccome poi non è difficile contrapporre argomenti ad argomenti, quando questi si vogliano desumere da qualche proposizione staccata di un discorso, ci permettiamo noi pure di richiamare l'attenzione su qualche passo di quello che fu pronunciato dal *Bigot-Préameneu* presentando al Corpo legislativo il progetto di legge.

Parlando della *dichiarazione di assenza*, egli diceva:

“ È questa formalità che deve avere le più importanti
“ conseguenze. Da una parte i beni non possono rimanere
“ in più lungo abbandono; ma d'altra parte *un cittadino*
“ *non può essere spossessato del suo patrimonio*, senza che
“ siano stati impiegati tutti i mezzi per iscoprire se vive
“ ancora, e per fargli conoscere che nel suo paese si sta
“ per annoverarlo tra quelli la cui vita è incerta . . .

“ La dichiarazione di assenza non può essere agli occhi
“ del pubblico che un atto di conservazione, fondato sopra
“ una necessità accertata; e per l'assente stesso un atto
“ di protezione, che ha guarentito il patrimonio di lui da
“ una perdita che diveniva inevitabile „.

E più oltre, parlando della immissione in possesso temporaneo, soggiungeva:

“ Bisogna ora entrare nel periodo in cui gli assenti, di-
“ chiarati tali per sentenze rivestite di tutte le forme pre-

“ scritte, *hanno potuto essere spossessati*. Si doveva decidere
“ *in mano di chi dovessero i beni essere rimessi*. Basta che
“ la legge riconosca esservi incertezza della vita, perchè
“ *il diritto degli eredi, senza cessare d'essere eventuale, di-*
“ *venga più probabile; e poichè i beni debbono passare in*
“ *altre mani da quelle del suo proprietario*, gli eredi si pre-
“ sentano con un titolo naturale di preferenza „.

Ed ora domandiamo se si possa esprimere più chiaramente il pensiero che non si tratta di affidare ai presunti eredi la semplice amministrazione dei beni dell'assente, come quelli d'una persona incapace, che si vuol proteggere, ma si tratta di conferire a quegli eredi il possesso dei beni predetti in virtù del diritto eventuale ad essi spettante, e la cui probabilità si è venuta rendendo sempre maggiore, e che l'interesse dell'assente è bensì considerato anch'esso, ma in seconda linea, come perfettamente conciliabile con quello, che principalmente si volle favorire, dei presunti eredi, anzi come indirettamente protetto esso pure mediante il provvedimento della immissione in possesso a pro degli eredi? Domandiamo se possa ammettersi che siasi inteso di rendere i presunti eredi semplici amministratori in nome e nell'interesse dell'assente, quando si è parlato di *spossessar lui della sua fortuna, rimettendone i beni nelle mani degli eredi, in contemplazione del diritto eventuale ch'essi vi hanno?* Forsechè, quando si nomina un rappresentante ed amministratore ad un incapace, si può dire — come fu detto dal *Bigot-Préameneu* — “ che *i beni pas-*
“ *sano in altre mani da quelle del proprietario* „ e non è piuttosto allora lo stesso proprietario, che li possiede col mezzo di chi lo rappresenta? Ci sembra dunque che la nuova teoria del *Laurent* non abbia ragione di sostenersi.

Giungendo all'ultimo punto, della immissione nel possesso definitivo, non può più esservi alcun dubbio che le disposizioni della legge in proposito siano fatte nell'interesse principale di coloro a cui tale immissione è concessa, e per l'interesse anche pubblico di rendere al commercio i

beni. Sarebbe una stranezza il pensare che in questo provvedimento, pel quale si attribuisce ai possessori anco il potere di disporre dei beni liberamente, sicchè rimpetto ai terzi è come se i possessori medesimi fossero investiti dell'assoluta proprietà, nè contro di quelli l'assente che ricomparisse potrebbe esercitare azioni di rivendicazione di quei beni, nè contro i possessori stessi potrebbe pretendere risarcimenti per mala gestione, dovendo egli contentarsi di riprendere i beni *nello stato in cui si trovano*, in tutto ciò potesse entrare per qualche cosa l'interesse dell'assente. Nondimeno neppur quest'ultimo può dirsi ancora dimenticato nei provvedimenti della legge; inquantochè l'evento, per quanto oramai poco probabile, del ritorno dell'assente, o della prova che si ottenga della sua esistenza, è preveduto espressamente; e salvo il rispetto dovuto ai diritti legittimamente acquistati dai terzi, ed alla buona fede in cui si sono trovati i possessori, è riconosciuto in favore dell'assente ricomparso il diritto di ricuperare i suoi beni nello stato in cui si trovino presso gl'immessi in possesso, di conseguire il prezzo dei beni alienati, od i beni nei quali il prezzo medesimo sia stato investito (art. 39, cod. civ.).

136. — Come apparisce da quanto esponemmo nei due numeri precedenti, le più gravi difficoltà, quelle che eccitarono una maggiore discordia di opinioni, riguardano il periodo della dichiarazione d'assenza, in cui l'immissione dei presunti eredi dell'assente nel possesso dei beni di lui non è ancora che temporanea. È allora che un tale possesso, conceduto agli eredi testamentari dell'assente, o in loro mancanza a quelli che ne sarebbero stati eredi legittimi se l'assente fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza (art. 26, § 2°, cod. civ.), avendo da questo lato un punto di contatto coll'apertura della successione, a cui darebbe luogo la morte verificata dell'assente, ma scostandosene dall'altro perchè la legge non presume questa morte, ma si fonda semplicemente sulla

incertezza dell'esistenza di lui, e perchè poi ai possessori non si conferiscono le facoltà che sarebbero inerenti ad una proprietà piena, ma unicamente l'amministrazione dei beni, il godimento delle rendite sotto certi limiti, e il diritto di promuovere in giudizio le ragioni dell'assente (art. 28, cod. civ.) un tale possesso, dicemmo, assume caratteri, che non essendo chiaramente definiti, cagionano molta indecisione nella dottrina. Fra i dubbi, che si presentano, è grave quello del doversi, o no, riguardare come verificata, in virtù della dichiarazione d'assenza, un'apertura, almeno provvisoria, della successione dell'assente; in seguito di che appunto facciasi luogo all'immissione degli eredi nel possesso temporaneo dei beni. L'opinione più comune è favorevole a quest'ordine d'idee; il quale, in verità, per coloro che in questo stadio dell'assenza ammettono per principio *una presunzione di morte dell'assente*, deve essere una conseguenza logica da dedursi senza esitanza dal principio predetto (1). Ed anche altri, i quali o ripudiano affatto il concetto che durante il periodo della dichiarazione d'assenza e dell'immissione nel possesso temporaneo siavi una presunzione di morte dell'assente, e dicono invece che “ in mezzo alla irresoluzione, all'incertezza “ e all'equivoco che si produce in questo stadio, ciò che “ sembra prevalere è l'idea che la vita e la morte dell'as- “ sente siano egualmente incerte ”, o dubitano tanto da finir col dire che “ il più sicuro è di non esprimere a questo “ proposito nessuna proposizione assoluta ” ammettono tuttavia che dopo la dichiarazione d'assenza si faccia luogo per disposizione della legge all'apertura provvisoria della successione, o almeno ad una specie, ad una immagine di essa; e che di un'apertura della successione dell'assente si abbiano realmente, sebbene provvisoriamente, gli effetti nelle relazioni reciproche degl'immessi in possesso fra di loro, mentre rimpetto all'assente stesso questi possessori

(1) V. Marcadé, t. I, n. 367.

non rivestirebbero altra qualità che di depositari ed amministratori, e rimpetto ai terzi sarebbero considerati, sotto diverse distinzioni, ora quali eredi, ora quali semplici amministratori (1). Come si vede da questo semplice accenno, è un sistema che riesce abbastanza complicato, e ritrae della stessa incertezza dei principii sui quali avrebbe a fondarsi.

In contraddizione di tali dottrine n'è sorta un'altra, la quale combatte come inammissibile l'idea d'una provvisoria apertura della successione dell'assente dichiarato, durante la immissione nel possesso temporaneo dei di lui beni a pro degli eredi (2); ed a questa opinione ci professiamo propensi. Se non che l'autore che professa questa teoria, rifiutando così la spiegazione data dal maggior numero dei giureconsulti francesi circa i caratteri giuridici, che assume la immissione in possesso temporaneo dei beni lasciati dall'assente dichiarato, ve ne sostituisce un'altra che neppure ci sembra accettabile per le ragioni che esporremo nel numero seguente. Egli sostiene che *l'immissione provvisoria in possesso non conferisca a coloro che la ottengono alcun diritto, ma solo il carico di amministrare nell'interesse dell'assente*, anzichè nell'interesse loro. E se questa massima fosse tanto vera, quanto a noi sembra erronea, certo è che diverrebbe evidentemente assurdo il parlare di *apertura della successione* dell'assente relativamente ad un provvedimento diretto a proteggere l'assente stesso supposto esistente, ma ridotto all'impossibilità di provvedere da sè alla cura de' propri beni. Tuttavia, pur dovendo respingere questa idea, immaginata da un potente ingegno, ma non conforme allo spirito della legge, per le considerazioni che diremo appresso, reputiamo che i caratteri della immissione in possesso temporaneo debbano essere determinati da altri concetti più consentanei all'origine storica ed allo spirito

(1) V. Dalloz, *Rép.*, v° *Absence, Absent*, n. 203, 266, 322, 334; Demolombe, t. II, n. 71, 128 seg., 134 seg.; Aubry e Rau, t. I, § 152, 153, n[i] 2, 3.
(2) V. Laurent, t. II, n. 123, 124, p. 157.

di tale istituzione, senza ricorrere a quello, che ci sembra ugualmente inaccettabile, di un'apertura provvisoria della successione dell'assente.

Già notammo la stretta relazione che vi è tra la soluzione che abbia a darsi del dubbio se dalla dichiarazione di assenza sorga, o no, una presunzione di morte dell'assente, e l'altra questione del farsi, o no, luogo in virtù di tale dichiarazione all'apertura della successione dell'assente stesso. Chè anzi ci parve che l'essersi dai più ritenuta esistente quella presunzione di morte dipenda dall'aver essi riguardato come indispensabile, per giustificare la immissione degli eredi nel possesso dei beni, l'ammettere un aprimento, fittizio almeno e ritrattabile, della successione dell'assente, e dall'aver poi considerato che un tale aprimento non sarebbe concepibile se non supponendo, fino a prova contraria, che l'assente non esistesse più (1). Or, se è vero, come crediamo di aver dimostrato, che la supposta presunzione di morte dell'assente dichiarato non ha fondamento nelle disposizioni della legge, è chiaro per conseguenza che non può nemmeno ammettersi l'apertura, sia pure provvisoria, della successione di lui, non potendovi essere successione d'un uomo vivente. Oltre di che, questa idea di un'apertura provvisoria di successione ci sembra contenere in sè stessa una contraddizione manifesta; perciocchè essendo appunto inconcepibile che si apra una successione, se non supponendo la morte della persona a cui si tratterebbe di succedere, d'altra parte se questa presunzione sussistesse, dovrebbero derivarne tutti gli effetti d'una prova legale della morte dell'assente, non quindi un'apertura semplicemente provvisoria della successione. Certamente, escluso questo mezzo di spiegare la immissione dei presunti eredi dell'assente nel possesso dei beni di lui, bisogna poterne trovare un altro; ma, per ciò che dicemmo nel luogo ultimamente ricordato, l'assunto non pare troppo difficile. Basta

---

(1) V. sopra, n. 134, p. 443, ss.

rammentarsi del carattere tutto speciale, che è proprio di questa immissione in possesso, sia secondo la sua origine storica, sia pei motivi che ne consigliarono l'ammissione. La prolungata incertezza sulla esistenza dell'assente; le cresciute probabilità della morte di lui; il bisogno di far cessare quella condizione di cose in cui i provvedimenti pel patrimonio dell'assente sono troppo imperfetti, e limitati alla semplice necessità della conservazione; l'interesse dei presunti eredi, che secondo le maggiori probabilità sono forse attualmente i veri proprietari dei beni di cui chiedono il possesso; l'interesse pubblico stesso; quello pure dell'assente, se vive, poichè anche a lui giova che i suoi beni siano governati da chi è impegnato pel proprio vantaggio eventuale a conservarli e migliorarli; tutto ciò ha determinato a creare in pro degli eredi questa istituzione della immissione in possesso, che su tali fondamenti si regge, indipendentemente da qualunque idea della supposta morte dell'assente, e di conseguente apertura della successione di lui. Non è dubbio che concedendosi il possesso agli eredi testamentari dell'assente, o in loro mancanza, a quelli che ne sarebbero stati eredi legittimi s'egli fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza, e in tale qualità di eredi attribuendosi ad essi l'amministrazione dei beni dell'assente, il diritto di promuoverne in giudizio le ragioni, e il godimento delle rendite sotto certi limiti, vi è in ciò un punto di contatto coi diritti della successione, che sarebbe aperta in favore di quegli eredi se la morte dell'assente fosse provata. Crediamo ancora per conseguenza che in quanto riguardi limitatamente questi soli diritti di amministrazione, di godimento e di esercizio di ragioni, possano essere applicabili per analogia anche alla immissione in possesso le regole comuni della successione ereditaria. Ma per tutto il resto reputiamo invece — e in ciò scorgiamo l'interesse pratico della teoria che qui si discute — che le norme proprie delle successioni rimangano estranee alla immissione in possesso, non riscontran-

dosi in essa nè presunzione di morte dell'assente, nè aprimento neppure provvisorio di successione.

137. — Dalle stesse incertezze della dottrina, intorno ai caratteri giuridici della immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, sorge ancora un altro dubbio relativamente al doversi, o no, riguardare come spettante su quei beni un vero diritto reale a coloro che ne abbiano ottenuto il possesso.

Veramente gli autori e la giurisprudenza francese sono in generale d'accordo nella opinione affermativa; riguardando essi la immissione in possesso temporaneo dei beni, e l'ammissione all'esercizio pure temporaneo de' diritti dipendenti dalla condizione della morte dell'assente, come un'attuazione — sebbene limitata dal carattere della provvisorietà — delle ragioni eventuali spettanti a quegli eredi, od altri aventi diritto, sui beni dell'assente (1).

Ma quella stessa recente teoria, colla quale, contro le massime comunemente ricevute, si volle stabilire che l'immissione in possesso temporaneo dei beni fosse introdotta nell'interesse dell'assente, anzichè dei possessori, i quali non avrebbero a considerarsi che come semplici depositari ed amministratori in nome dell'assente medesimo, si estese eziandio per coerenza a sostenere che gl'immessi nel possesso temporaneo non agiscano come eredi, come proprietari dei beni lasciati dall'assente, non abbiano su questi beni alcun diritto reale, non compariscano, sia a fronte dell'assente, sia tra loro, sia rimpetto ai terzi, che nella semplice qualità appunto di depositari ed amministratori di beni altrui (2). È evidente infatti il nesso intimo, che esiste tra codesti due punti di questione; o piuttosto è evidente che l'uno e l'altro vanno risolti mediante l'applica-

---

(1) V. Marcadé, art. 123, t. I, n. 367, art. 124, t. I, n. 403; Demolombe, t. II, n. 71, 128, 134, ss; Aubry e Rau, t. 1, §§ 152, 153, n. 2, 3; Ledru-Rollin, *Rép.*, v° *Absence*, n. 192, 207; Dalloz, *Rép.*, v° *Absent*, n. 230, 322.

(2) V. Laurent, t. II, n. 125, 126, 127.

zione degli stessi principii, in virtù di identiche considerazioni; poichè, se si ritiene che la immissione in possesso sia introdotta, principalmente almeno, nell'interesse di coloro ai quali è conceduta, è indispensabile certamente che qualche diritto ne derivi a loro vantaggio; come se si ammette che un diritto esista in loro favore non si può disconoscere che sia nel loro interesse la istituzione che lo produce. Noi pertanto, che abbiamo ritenuta ferma la massima, secondo la quale l'interesse principale, alla cui protezione intese la legge nei provvedimenti relativi alla immissione in possesso temporaneo, sarebbe quello degli eredi testamentari o legittimi, dei legatari e di tutti coloro che abbiano diritti dipendenti dalla condizione della morte dell'assente (1), dobbiamo ritenere conseguentemente come indubitabile che da tale immissione derivi a favore di quelle persone un qualche diritto sui beni dei quali è ad esse conceduto il possesso; e potremmo per la dimostrazione riferirci senz'altro a quanto esponemmo nel luogo sopra citato. Nondimeno ci sia permesso di aggiungere qualche altra osservazione, più specialmente riferibile al punto di disputa attuale, concernente l'esistenza, o non, di un diritto reale sui beni dell'assente a profitto degli immessi in possesso; le quali osservazioni dedurremo dal dispositivo testuale del nostro codice, che contiene qualche differenza rimarchevole in confronto del codice francese. Questo nell'articolo 125 diceva:

“ Il possesso provvisionale non sarà che un *deposito*, il
“ quale *conferirà a quelli che l'otterranno l'amministrazione*
“ *dei beni dell'assente*, rendendoli responsabili verso il me-
“ desimo, nel caso in cui ricomparisca o si abbiano di lui
“ notizie „.

Il corrispondente articolo 28 del nostro codice è invece espresso così:

“ L'immissione nel possesso temporaneo attribuisce *a*

---

(1) V. sopra, n. 135, p. 453, ss.

“ *coloro che la ottengono ed ai loro successori* l'amministra-
“ zione dei beni dell'assente, il diritto di promuoverne in
“ giudizio le ragioni, ed il godimento delle rendite dei beni
“ dell'assente, nei limiti stabiliti in appresso „.

Questo stesso raffronto basta a far comprendere come nella interpretazione del codice Napoleone potesse nascere l'idea che l'immissione in possesso temporaneo investisse quelli, a cui era data, della semplice qualità di amministratori in nome e nell'interesse altrui, senza attribuire ad essi alcun diritto proprio; come invece nel codice italiano sia scolpito più chiaramente il concetto di veri diritti stabiliti a favore dei presunti eredi, una volta che abbiano ottenuta l'immissione in possesso dei beni. Il francese parlava infatti unicamente di *deposito*, di *amministrazione dei beni dell'assente*, di responsabilità incombenti agli amministratori; tutte cose che potevano implicare l'idea di obblighi imposti ai possessori, senza la necessità di annettervi l'altra di diritti che ad essi dovessero corrispondentemente appartenere. Il successivo art. 127 del medesimo codice dichiarava che i possessori *non sarebbero obbligati a restituire che una parte dei proventi;* ma ciò era spiegabile sotto l'aspetto di una semplice rimunerazione conceduta in compenso dell'obbligo di amministrare per altri. Nel testo del codice italiano però simili equivoci sono resi impossibili. Vi si parla espressamente e chiaramente di diritti che l'immissione in possesso attribuisce a coloro che la ottengono; diritto di amministrare, diritto di promuovere in giudizio le ragioni dell'assente, diritto di godere le rendite, salvo certe limitazioni. Il godimento dei beni è parte del diritto di proprietà. L'amministrazione è un mero obbligo, se imposta nel solo interesse altrui, ma un diritto, inerente pure esso alla proprietà, quando si eserciti per ragione propria, come può ammettersi per gli eredi dell'assente immessi nel possesso dei di lui beni in virtù del diritto eventuale che hanno sopra di essi. Il promuovere in giudizio le ragioni spettanti all'assente, è qualifi-

cato espressamente dal testo come un *diritto* attribuito agl'immessi in possesso, mentre non sarebbe che un dovere, qualora l'amministrazione venisse loro conferita nel solo interesse dell'assente. Come si potrebbe ritenere dopo ciò che il codice italiano non avesse inteso di conferire diritti a coloro ai quali accordava l'immissione in possesso, ma solo di riconoscere e determinare gli obblighi a cui essi verrebbero ad assoggettarsi domandando tale immissione?

Senonchè il nostro art. 28 porge, se non erriamo, un argomento assai più grave e decisivo, allorchè dichiara che la immissione in possesso attribuisce i diritti ivi annoverati, non solo *a coloro che la ottengono*, ma eziandio *ai loro successori*. È la trasmissibilità per successione ereditaria, degli effetti derivati dalla immissione in possesso temporaneo, che è formalmente consacrata dalla legge; principio del resto tutt'altro che nuovo, poichè era riconosciuto fin dall'antica giurisprudenza francese (1). Ora, se questi effetti della immissione in possesso non costituissero per coloro che l'avessero ottenuta dei veri diritti patrimoniali, come ne sarebbe concepibile la trasmissibilità ereditaria? La qualità di amministratore dei beni altrui, non si trasmette certo per eredità; è personale, e si estingue colla vita della persona a cui l'amministrazione è confidata.

A fronte di questi nuovi argomenti, offerti dal testo del codice italiano in appoggio della opinione che ammette l'esistenza di diritti reali sui beni lasciati dall'assente, in pro di coloro i quali ne ottengono la immissione in possesso temporaneo, il testo medesimo non ha poi riprodotte quelle espressioni e disposizioni del codice francese, che potevano prestare argomenti all'opinione contraria. Non ha detto nell'art. 28 che *il possesso provvisionale non sia che un deposito*, com'era scritto nel 125 del codice francese. Non ha ripetuto che il coniuge dell'assente, col

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, c. III, § 2.

quale sia in comunione di beni, abbia diritto di optare per la continuazione di tale comunione, e d'impedire con ciò che i presunti eredi ottengano l'immissione in possesso e gli effetti conseguenti, e che gli altri aventi diritti dipendenti dalla condizione di morte dell'assente siano ammessi ad esercitarli provvisoriamente, ed abbia diritto di prendere invece o conservare a preferenza per sè l'amministrazione dei beni dell'assente, come disponeva l'art. 124 del codice francese; ma all'opposto nell'art. 1441 ha annoverata l'*assenza dichiarata* tra le cause che danno luogo allo scioglimento della comunione di beni, che sia stata convenuta tra i coniugi nel contratto matrimoniale.

Così dunque tutto concorre a far ritenere inaccettabile nel diritto nostro la nuova teoria, che vorrebbe far riguardare come sprovveduti d'ogni diritto reale sui beni dell'assente coloro che ne sono immessi nel possesso temporaneo, e come rivestiti soltanto della qualità di amministratori nel nome e nell'interesse dell'assente medesimo, tanto a fronte di lui, quanto tra loro, quanto ancora in relazione coi terzi.

Il *Laurent*, nei luoghi sopra citati, sosteneva la teoria da lui caldeggiata appoggiandosi principalmente ad alcuni argomenti i quali — oltre che non troverebbero più corrispondente fondamento nel testo del codice nostro — neppure secondo il codice francese ci sembrerebbero decisivi.

Egli insistè ripetutamente sull'idea che il possesso provvisionale, per espressa disposizione dell'art. 125 del codice francese, *non era che un deposito*, ed il depositario non ha certamente un diritto reale sulla cosa che gli è consegnata.

Ma già abbiamo notata la fragilità di questo argomento, che supporrebbe essersi voluto con tale espressione dare la vera qualificazione giuridica della immissione in possesso provvisionale; mentre — com'è riconosciuto da tutti, e dallo stesso *Laurent* — il legislatore francese non aveva inteso di enunciare che il possesso provvisionale costituisse un deposito vero e proprio, nè avrebbe potuto dirlo senza

cadere in una enorme inesattezza; ma solo aveva voluto significare, secondo l'opinione comunemente accettata, che gl'immessi in possesso non hanno la proprietà dei beni lasciati dall'assente, ma unicamente l'amministrazione e il godimento nei limiti fissati dalla legge; e secondo l'interpretazione data dallo stesso *Laurent*, il legislatore avrebbe voluto stabilire che gl'immessi in possesso, quantunque siano eredi presuntivi, non avessero però alcun diritto sui beni.

L'autore si fa forte pure dell'altra considerazione che, secondo lo stesso art. 125 del codice francese, *il possesso provvisionale conferisce a quelli che l'ottengono l'amministrazione dei beni dell'assente;* osservando che *un amministratore non può essere proprietario*, e che come *deposito e diritto reale*, così parimente *amministrazione e proprietà* sono idee inconciliabili tra loro. Nella quale argomentazione però ci sembra di scorgere qualche equivoco, chiarito il quale essa perde ogni forza. Prima di tutto, non si pretende già che gl'immessi in possesso agiscano in virtù d'un diritto di proprietà piena, che ad essi sia conferito sui beni lasciati dall'assente. Se tale fosse l'assunto, sarebbe certamente erroneo, e sarebbe troppo giusto il rispondere che chi ha la sola amministrazione e il godimento totale o parziale di certi beni, non ne ha la proprietà perfetta. Ma ciò che si vuol sostenere è solo che gl'immessi in possesso non agiscono nella semplice qualità di mandatari legali, come amministratori di beni altrui, bensì per un diritto proprio, ad essi conferito dalla legge sui beni lasciati dall'assente. E per ribattere questo concetto non basta dire che l'amministrazione non è proprietà; bisognerebbe poter negare che l'amministrazione esercitata, non in solo nome altrui come mandatario, ma nel proprio interesse e per ragione propria, e il godimento ancora dei beni posseduti pure per ragione propria, non costituiscano diritti reali sui beni che ne facciano oggetto, diritti formanti uno smembramento di proprietà.

In fine il *Laurent* ritiene *decisiva contro gl'immessi in possesso, nel senso di provare fino all'evidenza che la legge non riconosce in loro favore alcun diritto durante questo periodo del possesso provvisionale, la considerazione che la legge stessa preferisce ai presunti eredi il coniuge dell'assente; il quale eleggendo di continuare nella comunione di beni, in cui si trovi coll'assente, impedisce a danno degli eredi stessi la immissione nel possesso temporaneo dei beni.* È inconcepibile — diceva l'illustre autore — che l'esercizio di un diritto reale di eredità sia impedito per trent'anni da un coniuge, che non è erede. Si può solo spiegare questa disposizione di legge quando si ammetta che si tratti di semplice amministrazione dei beni in nome e nell'interesse dell'assente, essendo allora naturale la preferenza data in tale amministrazione al coniuge.

Lasciando da parte la riflessione già fatta sopra, che il codice italiano ha una disposizione contraria riguardo al coniuge che si trovi coll'assente in comunione convenzionale di beni; è, a veder nostro, un tutt'altro ordine d'idee che può servire a spiegare lo stesso art. 124 del cod. franc.

Quando vi è il coniuge in comunione di beni coll'assente, appartiene a quello un diritto già acquisito, per impedire l'esercizio del quale bisognerebbe provare lo scioglimento della comunione. E poichè la legge francese non ammetteva — come ha fatto invece la legge nostra — tra le cause di tale scioglimento *l'assenza dichiarata*, bisognerebbe dunque *provare la morte dell'assente.* Ciò essendo impossibile per la incertezza medesima che accompagna l'assenza, rimane pertanto il diritto acquisito del coniuge, ch'egli contrappone ai diritti puramente eventuali degli eredi. Non è naturale che quello prevalga a questi? E dov'è dunque la necessità di ricorrere all'idea d'una *semplice amministrazione nell'interesse dell'assente*, per la quale sia preferito il coniuge?

138. — Abbiam notato come la legge distingua nel-

l'assenza due periodi principali; quello della presunzione, e quello della dichiarazione di essa. Ora, può darsi, ed avviene, che in qualche disposizione sia contemplato il caso dell'assenza, senza specificare se il legislatore intenda di riferirsi a quella che sia anche semplicemente presunta, od a quella che sia dichiarata giudizialmente. Il significato proprio della parola, che dev'essere prima di tutto osservato nel determinare il senso d'ogni legge qualora presenti qualche ambiguità, conduce a ritenere, se null'altro vi sia che dimostri una diversa intenzione del legislatore, ch'egli abbia inteso di comprendere nella disposizione sua tanto il caso della sola presunzione, quanto l'altro della dichiarazione di assenza. A dimostrarlo crediamo che basti la definizione, che la legge stessa ha dato dell'*assenza presunta* nell'art. 20 del codice, facendola consistere nella condizione della persona, che ha cessato di comparire nel luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza, senza che se ne abbiano notizie; e il riflesso che la dichiarazione di assenza si fonda sulla stessa assenza presunta continuata pel tempo stabilito dalla legge (art. 22, cod. civ.). Donde ci sembra apparire chiaramente, che anche l'assenza semplicemente presunta si comprenda nel significato proprio della parola *assenza*, che sia usata genericamente in una disposizione di legge. Potrebbe darsi nondimeno che, secondo le regole generali d'interpretazione, dalla connessione con altre parti della disposizione di legge, in cui quella parola generica si trovasse adoperata, o dai motivi della disposizione stessa, risultasse una diversa intenzione del legislatore, la quale in tal caso dovrebb'essere seguita (art. 3 delle disposizioni preliminari al codice civile).

Un illustre autore francese insegnò che il significato proprio della parola *assenza* sia da riferirsi all'unico caso della *dichiarazione giudiziale* di essa; e ne dedusse che quando quella parola sia usata sola nella legge *si possa, secondo i casi, ritenere che si tratti unicamente dell'assenza*

dichiarata. Ma, soggiunse, che *questo mezzo d'interpretazione non è da riguardarsi come perentorio;* perchè la legge stessa adopera la parola *assenza* in altri sensi, talvolta per denotare quella anche solo presunta, tal altra ancora la semplice non presenza (1). Ci sembra veramente che a questo modo le norme d'interpretazione si portino a tal grado d'incertezza da far dire piuttosto che qualunque norma viene a mancare. Ed attenendoci al principio fondamentale espressamente consacrato dal legislatore, che *nell'applicare la legge non si possa attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole*, reputiamo che quando in una disposizione sia parlato *d'assenza*, senza distinguere se presunta o dichiarata, si debba comprendervi sì l'una che l'altra; poichè la legge stessa dà il nome di *assenza* a quella condizione della persona che è definita nell'art. 20 del codice civile. Quando poi, o dalla connessione con altre parti della stessa disposizione legislativa, o dallo spirito di essa, emerga una diversa intenzione del legislatore, subentrano allora altre norme d'interpretazione in sussidio a quella semplicemente grammaticale, dedotta dal significato proprio delle parole.

CAPO I.

Dell'assenza considerata in ordine ai beni lasciati dall'assente.

Sommario. — 139. Limiti e partizione della materia da trattarsi in questo Capo.

139. — Come già osservammo nella esposizione precedente, la distinzione dei due periodi, della *presunzione* e della *dichiarazione di assenza*, fu introdotta principalmente in considerazione dei diversi provvedimenti che fu

---

(1) V. Demolombe, t. II, n. 14.

reputato necessario di ammettere pel governo del patrimonio lasciato dall'assente; sebbene codesta distinzione abbia pure una qualche applicazione in ciò che riguarda lo stato dei figli minori dell'assente medesimo. La suddistinzione poi dei due periodi subalterni, a cui dà luogo la dichiarazione di assenza, cioè della immissione degli eredi nel possesso, prima temporaneo, poscia definitivo dei beni dell'assente, non può riferirsi che a questi soli (1).

Nella esposizione delle norme, che il legislatore ha stabilite circa l'assenza, primo e precipuo argomento deve pertanto essere questo, che concerne il patrimonio lasciato dall'assente. Resterà poi di dimostrare i principii adottati nel codice relativamente a ciò che al momento in cui l'assenza si è verificata non formasse parte del patrimonio dell'assente, ma consista in diritti apertisi in favore di lui durante l'assenza stessa, e relativamente alle conseguenze che da questa possono derivare per lo stato del coniuge e dei figli minori della persona assente; e questo sarà l'oggetto di altri due capi distinti.

Dalla notata diversità dei provvedimenti, che la legge ha stabiliti pel governo dei beni dell'assente, secondochè l'assenza sia soltanto *presunta* o *giudizialmente dichiarata*, deriva poi la necessità di dividere questo primo capo in due sezioni, nell'una delle quali si espongano le norme concernenti la *presunzione di assenza*, nell'altra si tratti di tutto ciò che riguarda la *dichiarazione giudiziale* di essa. E poichè quest'ultima dà luogo all'immissione degli eredi nel possesso dei beni dell'assente, possesso, che temporaneo da prima, può trasmutarsi poscia in definitivo, col concorso però di condizioni diverse per l'uno e per l'altro, e con effetti profondamente differenti; perciò la seconda sezione sarìa divisa in due paragrafi, nei quali ci occuperemo separatamente di questi due argomenti. In una terza sezione tratteremo della cessazione dell'assenza.

---

(1) V. sopra, n. 133, p. 435-436.

SEZIONE I.

DELLA PRESUNZIONE DI ASSENZA.

140. — Intorno alla convenienza d'una definizione legislativa dell'assenza vi furono opinioni discordi. Il codice austriaco parlava in più luoghi degli assenti, senza determinare precisamente in che l'assenza consistesse, dimostrando per altro di comprendere nel significato generico di questa parola anche il caso di chi fosse semplicemente lontano dal luogo di domicilio o di residenza propria; poichè poneva *gli assenti* fra coloro che stanno sotto la speciale protezione della legge, come *incapaci d'avere la conveniente cura dei propri interessi* (§ 21), e dichiarava poi che il curatore deputato ad un *assente, di cui fosse nota la dimora*, dovesse informarlo dello stato dei suoi affari, e se per parte del medesimo nulla venisse disposto, dovesse aver cura dei suoi interessi come di quelli d'un minore (§ 276).

Neppure il codice napoleonico conteneva una definizione formale dell'assenza; quantunque nell'art. 115 fosse detto

potersene domandare la dichiarazione " quando la persona " *avesse cessato di mostrarsi nel luogo di suo domicilio o di* " *sua residenza e dopo quattro anni non se ne fossero ricevute* " *notizie* „. Ma qualche autore osservava che la legge non stabiliva con ciò presumersi assente una persona pel solo fatto di aver lasciato il proprio domicilio senza dare notizie di sè; e soggiungeva che " di proposito il legislatore non " avea definito nulla, e per meglio dire *è impossibile dare* " *una definizione dell'assenza presunta* „ (1). Quest'ultima proposizione conterrebbe una censura ad altri codici, tra i quali il nostro, in cui si volle pur definire l'assenza presunta; ma non ci sembra che la censura sia meritata.

Senza dubbio, si proporrebbe l'impossibile un legislatore che volesse determinare con enumerazione particolareggiata i casi singoli in cui possa ritenersi verificata l'assenza. Ciò dipende da circostanze indefinitamente variabili, che sarebbe vano il presumere di poter prevedere e determinare tutte. Ma non è a ciò che debba soddisfare la definizione d'un istituto giuridico; basta che ne siano determinati i caratteri essenziali, acciocchè il giureconsulto ed il magistrato, nell'applicare le norme di quell'istituto, trovino segnati dalla legge i confini da cui non debbono uscire, e sia chiusa la via all'arbitrio. Ed intesa così, la definizione anche dell'assenza potrà presentare difficoltà più o meno gravi, ma certo si esagera affermandone la impossibilità. Tant'è, infatti, che già prima del codice attuale alcuni degli altri che ebbero vigore in Italia, avevano tentate delle definizioni, le quali, se anche potevano essere tacciate di qualche imperfezione, avevano almeno il merito di determinare il pensiero del legislatore, e stabilirlo come norma obbligatoria da osservarsi nell'applicazione delle disposizioni da esso date per l'assenza.

Il codice pel regno delle Due Sicilie (art. 117) diceva: " *Si presume assente chiunque si allontani dal suo domicilio*

---

(1) V. Laurent, t. II, n. 134, p. 171.

“ *o dalla sua residenza, senza che abbia un legittimo procura-*
“ *tore, e senza che si abbiano di lui notizie* „. Una formola quasi identica era adoperata negli art. 159 del codice Parmense, e 41, § 1 del codice Estense. Allontanamento della persona dal luogo di suo domicilio o di sua dimora abituale, mancanza d'un procuratore legalmente costituito per l'amministrazione dei beni, mancanza di notizie della persona lontana, erano i tre elementi essenziali, da cui quei codici facevano dipendere la presunzione di assenza. Queste stesse idee erano state seguite e formulate in apposito articolo, conforme alle disposizioni sopra citate dei codici Napoletano e Parmense, nel primo progetto del codice Albertino. Ma in seguito ad osservazioni fatte contro l'opportunità d'una definizione dell'assenza, e dopo respinta la proposta fatta dal Senato di Piemonte, di prefiggere almeno un termine decorribile dall'allontanamento della persona dal luogo del suo domicilio o di sua residenza, trascorso il qual termine soltanto si facesse luogo alla presunzione di assenza, fu proposto, nelle discussioni fattesi davanti al Consiglio di Stato, di sopprimere la definizione dell'assenza, ma indicarne incidentemente i caratteri essenziali nella disposizione determinante i provvedimenti ammissibili pel presunto assente. E così avvenne che nell'art. 76 di detto codice Albertino fu dichiarato a richiesta di chi e da quale autorità potessero emanare i provvedimenti che si rendessero necessari “ per l'amministra-
“ zione di tutti o di parte dei beni lasciati da una persona,
“ *che avrà cessato di comparire nel luogo di suo domicilio o*
“ *di sua residenza, senza che si abbiano notizie di essa, e*
“ *senza che abbia lasciato alcun procuratore autorizzato ad*
“ *amministrare* „ (1). Si era voluto sopprimere l'articolo del progetto, che si occupava esclusivamente di definire l'assenza; ma la definizione veniva poi introdotta nell'altra disposizione, che determinava i poteri dei tribunali nel

(1) Astengo ed altri. *Codice civile confrontato*, ecc. v. I, art. 20, p. 257-259.

provvedere all'amministrazione dei beni lasciati dall'assente; talchè codesti poteri restavano limitati ai casi in cui l'assenza presentasse i caratteri espressamente determinati in quella disposizione. E si era fatta con ciò una concessione di mera apparenza a coloro che contestavano l'opportunità d'una definizione; ma nella sostanza seguivasi l'opinione opposta. — Tuttavia quel primo assunto non mancava di gravi considerazioni in suo appoggio; non tanto per la massima generale che tutte le definizioni sono pericolose nelle leggi, quanto perchè il carattere fondamentale dell'assenza consistendo nella incertezza sulla esistenza della persona che è lungi dal proprio domicilio, questa incertezza non può risultare che da circostanze tanto speciali, svariate ed apprezzabili unicamente nel loro complesso, e secondo la particolarità dei casi, da apparire estremamente difficile il determinarne con precisione gli elementi caratteristici e decisivi.

Senonchè era pure da riflettere in senso contrario, che se in questa materia, forse più che in qualunque altra, è inevitabile deferire molto al prudente apprezzamento dei magistrati, è certa nondimeno l'importanza di non abbandonarsi totalmente all'arbitrio; come avverrebbe qualora si trascurasse di determinare perfino quei caratteri elementari e generali, che devono verificarsi in ogni caso affinchè vi sia vera assenza, ed ai quali hanno da riscontrarsi conformi le circostanze specifiche, la cui sola valutazione è per necessità abbandonata al criterio ed alla prudenza dei giudici.

Un'altra osservazione è anche da farsi. Questo primo periodo dell'assenza non è determinato, come il secondo, da una *dichiarazione giudiziale*. La pronunzia del tribunale è solo per ordinare i provvedimenti, che si manifestino necessari per la conservazione del patrimonio dell'assente; ma il fatto giuridico dell'assenza sussiste da sè, indipendentemente da quei provvedimenti, i quali non debbono essere ordinati, ancorchè vera assenza vi sia, se non quando

siano dimostrati *necessari* (art. 21, cod. civ.). Sarebbe dunque singolare che la legge, dalla cui sola disposizione dipende l'attribuzione data ai giudici per provvedere alla conservazione del patrimonio dell'assente, non si curasse poi di determinare quali siano gli estremi indispensabili; acciocchè i giudici stessi sappiano quando possano ordinare tali provvidenze. Oltre di che la stessa *dichiarazione di assenza*, che può in seguito essere domandata al tribunale, non ha basi diverse da quelle dell' assenza presunta, se non in riguardo al tempo per cui questa abbia durato (art. 22, codice civile); cosicchè la presunzione di assenza è pure fondamento necessario alla dichiarazione giudiziale di essa.

Nella compilazione del codice civile pel regno non fu più contestata l'opportunità di dare in apposito articolo la definizione dell'assenza; e se qualche differenza di opinioni vi fu, si limitò unicamente al modo in cui fosse più opportuno di formularla.

Il progetto Ministeriale si atteneva ai concetti espressi nell'art. 117 del codice Napoletano, salvochè sopprimeva l'inciso che annoverava tra i requisiti necessari per costituire l'assenza presunta il non avere l'assente lasciato un legittimo procuratore. L'art. 21 di quel progetto era infatti concepito nei termini seguenti:

" Quando una persona *si è allontanata dal luogo* del suo
" ultimo domicilio, o dell'ultima sua residenza, *e non se ne*
" *hanno notizie*, si presume assente „.

La Commissione Senatoria modificò questa definizione in modo conforme in parte all'articolo 76 del codice Albertino, dicendo:

" La persona *che ha cessato di comparire nel luogo* del
" suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza, *senza che*
" *se ne abbiano notizie*, si presume assente „. È in questi stessi termini che la disposizione è passata nel codice civile. Nè può disconoscersi, a nostro avviso, che solo il concorso dei fatti previsti in questa disposizione è atto a produrre quella incertezza, intorno alla vita od alla morte della

persona, che è caratteristica dell'assenza. Il codice Napoletano, il Parmense e l'Estense esprimevano un'idea meno esatta allorchè facevano dipendere l'assenza presunta dall'*allontanamento della persona dal luogo del suo domicilio o di sua residenza*, congiuntamente alla *mancanza di notizie* della persona stessa. È un fatto assai comune che taluno, per motivi che non voglia rendere palesi, lasci momentaneamente il proprio domicilio o la propria residenza, ed abbia ragioni per occultare la nuova residenza o dimora che abbia presa, e perciò non dia notizia sua, senzachè ne sorga motivo ragionevole di sospettarne la morte. Fu questa appunto una delle considerazioni addotte da coloro che nella discussione del codice Albertino combattevano il progetto, secondo il quale sarebbesi presunto assente *chiunque si fosse allontanato dal suo domicilio o dalla sua residenza*, senza lasciare procuratore e senza dare sue notizie. La forma di esprimersi usata già nell'art. 76 del codice Albertino, e riprodotta poi nell'art. 20 del codice italiano, dicendo che per verificarsi l'assenza la persona *debba aver cessato di comparire* nel proprio domicilio, anzichè dire che *debba essersene allontanato*, contiene un concetto ben diverso; cioè il concetto fondamentale, che il non trovarsi più la persona nel luogo in cui stava abitualmente sia accompagnato da circostanze, le quali escludano la supposizione di un'allontanamento volontario e temporaneo, e vi facciano subentrare il dubbio della morte. Il che, congiunto nell'altro elemento della completa mancanza di notizie, ingenera appunto uno stato d'incertezza sulla esistenza della persona, abbastanza grave per autorizzare ad ingerirsi nel governo dei beni da lei lasciati, provvedendo almeno frattanto a ciò che sia strettamente necessario per la conservazione del patrimonio. Che se, all'opposto, pure essendosi verificata la scomparsa della persona, con circostanze tali da giustificare il dubbio se ella fosse mancata o tuttora vivesse, si avessero però attualmente notizie di lei, cessando per tali notizie, quali che fossero, quella incertezza, non

potrebbesi neppure più parlare di assenza; ma qualora ne fosse accertata la morte, si aprirebbe la successione dal giorno in cui risultasse essere quella avvenuta (art. 923, cod. civ.); e qualora ne fosse accertata la vita, non si tratterebbe che di semplice *non presenza*, alla quale non sarebbero applicabili i provvedimenti stabiliti per l'assenza vera, se non nei limiti che abbiamo precedentemente accennati (1).

Ben s'intende poi che il determinare quando siasi verificato che la persona *abbia cessato di comparire* nel luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza, nel senso in cui abbiamo detto essersi ciò inteso nell'art. 20 del nostro codice, è un punto di fatto, dipendente dalle circostanze particolari di ciascun caso, e abbandonato all'apprezzamento insindacabile dei giudici del merito; sempre però subordinatamente al principio che *debba essere divenuta incerta l'esistenza della persona*. Il non apparire nessuna causa dell'allontanamento di colui del quale manca ogni notizia, l'aver egli abbandonata la famiglia di cui era a capo, il tempo considerevole trascorso dopo la partenza, l'aver lasciati pendenti affari importanti ed urgenti senza dar mandato ad alcuno per condurli a termine; questi ed altri simili fatti potranno nel loro complesso determinare la convinzione dei giudici.

Basta, del resto, per dar luogo alla presunzione di assenza, il concorso degli accennati due elementi, tra i quali la mancanza di notizie della persona scomparsa, *al tempo in cui s'invocano i provvedimenti* ammessi dall'art. 21 del codice civile. Nè vi è bisogno che dal momento della scomparsa della persona, non se ne sia più avuta veruna notizia. Quand'anche si fossero avute da principio notizie, che solo più tardi fossero cessate, si presumerebbe tuttavia l'assenza; soltanto essa non si reputerebbe cominciata fuorchè dal giorno posteriore a quello a cui risalisse l'ultima notizia della esistenza dell'assente.

---

(1) V. sopra, n. 130, p. 411-416.

Neppure è necessario che la scomparsa della persona abbia durato per un tempo determinato, nè che non sia da essa stato lasciato alcun procuratore per amministrare i suoi beni. Nella discussione del codice Albertino era stata fatta, come già riferimmo, la proposta di stabilire un termine, trascorso il quale soltanto fosse da presumersi l'assenza; ed è fuori di dubbio da considerarsi come uno degli elementi di fatto, che possono indurre ragionevolmente la incertezza sulla esistenza della persona, quello del tempo della lontananza di lei. Ma sarebbe stato cattivo consiglio il volerlo stabilire con una disposizione generale ed assoluta, mentre il potersi fondare giustamente la presunzione di assenza sovra una durata più o meno lunga della lontananza della persona, deve necessariamente dipendere dal complesso delle circostanze concomitanti, secondo le particolarità diverse dei casi. Indubbiamente però è indispensabile la decorrenza d'un tempo congruo; non potendo dirsi *scomparsa* una persona, e *necessari immediati provvedimenti* per la conservazione del suo patrimonio, il giorno dopo quello in cui la persona stessa abbia cessato di trovarsi presente nella sua sede abituale. Ma questo elemento del tempo, che pur deve concorrere per costituire la *scomparsa* della persona nel senso di legge, è lasciato, quanto alla determinazione della sua durata, all'apprezzamento dei giudici, insieme a tutte le altre circostanze di fatto, il cui complesso può determinare la loro convinzione.

Il fatto poi d'una procura per amministrare, che fosse stata lasciata dalla persona scomparsa dal proprio domicilio o dalla propria residenza, della qual persona mancasse inoltre ogni notizia, non basterebbe a fare ostacolo alla presunzione di assenza. Fu perciò che l'art. 20 del nostro codice modificò le disposizioni dei codici precedenti anche col depennarne la condizione in essi espressa che l'assente *non avesse lasciato procuratore*.

Certamente l'avere la persona costituito un procuratore per l'amministrazione dei suoi beni, sarebbe un valido argo-

mento per indurre i giudici a ritenere più difficilmente come verificati gli estremi della presunta assenza; poichè quel mandato lasciato dalla persona potrebbe assumersi come prova del pensiero da lei preconcetto di allontanarsi dall'ordinaria sua sede con animo di ritornarvi. Certamente ancora l'esistenza di una procura ad amministrare allontanerebbe il bisogno di quei provvedimenti, che per causa appunto della presunta assenza la legge ammette. Pure questo bisogno potrebbe tuttavia verificarsi; o per insufficienza del mandato alle esigenze varie dell'amministrazione, o per morte o per rinunzia del procuratore.

Ma, indipendentemente anche da ciò, il solo fatto della procura lasciata, se può opporre maggiori difficoltà alla presunzione di assenza, non è però tale da impedirla assolutamente; potendo ciò non ostante verificarsi un cumulo di circostanze, da cui risultando una vera scomparsa dal proprio domicilio o residenza, della persona di cui manca ogni notizia, ne emerga una completa incertezza sulla vita o sulla morte di lei; il che avverandosi, non sarebbe negabile l'esistenza della presunzione di assenza, e si potrebbe far luogo, secondo i casi, ai provvedimenti ammessi dalla legge. Ciò è tanto vero, che mentre, come abbiamo accennato, alla *dichiarazione* di assenza è sempre fondamento necessario la *presunzione* di essa, l'art. 22 del codice ammette potersi invocare quella dichiarazione *anche quando l'assente abbia lasciato un procuratore per amministrare*, solo richiedendo allora *sei anni continui di assenza presunta*, in vece di tre che bastano quando non sia stato lasciato procuratore alcuno; e parimente l'ultimo paragrafo dell'articolo 21 concede che, quando pure vi sia un procuratore, possano ordinarsi in base della presunta assenza quei provvedimenti che per essa sono permessi negli altri casi, limitandoli però ai soli *atti che non possano farsi dal procuratore in forza del mandato o della legge*.

Verificandosi il concorso dei fatti indicati nel citato art. 20 del codice civile, l'assenza è ritenuta dalla legge

come *presunta*. Nondimeno reputeremmo erronea l'idea che con ciò si fosse inteso di stabilire una vera *presunzione legale*. Le presunzioni, in generale, sono conseguenze che si deducono da fatti noti per accertare fatti ignoti (art. 1349, cod. civ.). Ora come potrebbesi concepire una presunzione in questo caso, in cui, ben lungi dall'aversi l'accertamento d'un fatto ignoto qualsiasi, non si ha che uno stato di completa incertezza della vita o della morte della persona scomparsa? Tanto meno poi potrebbe trattarsi d'una *presunzione legale;* dappoichè non è la legge che attribuisca ai fatti d'essersi taluno allontanato dal luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza, e di non aversene notizie, la presunzione che l'esistenza attuale di lui sia divenuta dubbia; ma è lasciato alla prudenza dei giudici il riconoscere se le circostanze di quell'allontanamento siano tali da indurre incertezza intorno alla esistenza della persona.

La differenza caratteristica tra i due principali periodi dell'assenza non potrebbe dunque farsi consistere nell'esservi nel primo una *presunzione legale* di essa; ma consiste piuttosto nel doversi aprire il secondo periodo con una *dichiarazione giudiziale*, che nel primo, non solo non è necessaria, ma non potrebbe essere pronunciata. Nello stadio della presunzione di assenza, infatti, l'autorità giudiziaria non è chiamata — già lo avvertimmo — che a disporre intorno ai provvedimenti che siano necessari per la conservazione del patrimonio lasciato dall'assente; perchè di costui non sapendosi *se e dove esista*, ne nasce l'alternativa che qualora egli sia morto, si tratta di un patrimonio rimasto senza chi lo governi, qualora poi egli sia ancora in vita, è da supporre che si trovi nella impossibilità di dare egli stesso quei provvedimenti, dei quali probabilmente ignora finanche il bisogno. Occorre pertanto solamente di accertare l'abbandono del patrimonio per l'assenza del proprietario, e la necessità dei provvedimenti domandati per conservare il patrimonio stesso; ma non vi è alcun

bisogno di una formale dichiarazione di assenza, la quale d'altronde non potrebbe aver luogo senza essere preceduta da quelle solenni investigazioni giudiziali, da cui soltanto potrebbe risultare una incertezza invincibile della esistenza della persona scomparsa, e che in questo primo periodo non sono ammesse, atteso alla brevità del tempo trascorso dal cominciamento dell'assenza, e per rispetto al segreto, che la persona stessa potrebbe avere interesse di conservare, intorno ai motivi pei quali si allontanò dal suo domicilio o dalla sua residenza abituale, nè diede più notizie di sè, e intorno al luogo in cui siasi trasferita.

Nondimeno, per pronunciarsi accogliendo o negando i provvedimenti invocati, l'autorità giudiziaria deve necessariamente fondarsi anzitutto sulla esistenza, o non, degli elementi di fatto, dai quali, secondo la definizione data nell'articolo 20, dipende la presunzione d'assenza, e poi ancora sulla necessità, o non, dei provvedimenti stessi per lo scopo voluto dalla legge, di conservare il patrimonio dell'assente. E nella prima di queste indagini, se si riduce ad un accertamento di fatti assai semplici il riconoscere che non si abbiano notizie della persona, la quale non si trova più nel luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza; lo stabilire invece che la persona stessa sia veramente *scomparsa*, in modo da mettere in dubbio che viva ancora, dipende dalle circostanze particolari di ciascun caso, da apprezzarsi — come già notammo — dai giudici nella loro coscienza e secondo le loro convinzioni. Così dunque il legislatore, nella definizione che ha data nell'art. 20, non ha inteso di stabilire, sulla base di fatti precisamente determinati, una presunzione legale dell'assenza; ma solo di determinare gli elementi intorno ai quali deve versare il potere discrezionale dei giudici nell'apprezzamento dei fatti costituenti l'assenza stessa; e dicendola *presunta*, in contrapposto all'*assenza dichiarata*, non altro volle accennare, se non questo, che l'assenza presunta può essere ritenuta dall'autorità giudicante indi-

pendentemente da quelle indagini condotte con forme speciali, solenni e pubbliche, le quali sono indispensabili per far luogo alla *dichiarazione*.

141. — Quantunque i provvedimenti, che il tribunale può emanare per la conservazione del patrimonio del presunto assente, appartengano alla giurisdizione non contenziosa ma volontaria, esso però non può ordinarli *d'ufficio*, ma solo in seguito ad istanza d'alcuna delle persone che la legge autorizza a promuovere tali provvedimenti. Coerentemente alla regola generale stabilita nell'art. 779 del cod. di proc. civile — secondo cui per tutte le materie da trattarsi in camera di consiglio, tra le quali quelle di giurisdizione volontaria, si deve procedere *sovra ricorso* da presentarsi nella cancelleria dell'autorità giudiziaria competente — l'art. 21 del cod. civile ha stabilito che i provvedimenti per la conservazione del patrimonio del presunto assente abbiano a darsi dal tribunale competente " *sull'istanza* " *degl'interessati, o degli eredi presenti, o del ministero pub-* " *blico* ". E ciò è perfettamente conforme ai principii fondamentali, che già abbiamo segnalati intorno a questo primo periodo dell'assenza presunta. Notammo infatti che le disposizioni della legge ad esso relative non si fondano veramente sopra una presunzione legale di vita dell'assente, ma sulla semplice incertezza dell'esistenza di lui, ed hanno per iscopo di provvedere a ciò che sia indispensabile per la conservazione del patrimonio; tanto nell'interesse dell'assente stesso, se vive; quanto in quello dei di lui eredi pel caso che sia morto, o di ogni altro che avendo diritti da esercitare sul patrimonio medesimo, sia legittimamenti interessato alla conservazione di esso; quanto ancora nell'interesse pubblico, impegnato ad ovviare disperdimenti di sostanze (1). Posto ciò, era naturale che la facoltà di fare istanza pei provvedimenti predetti venisse concessa

---

(1) V. sopra, n. 134, p. 441, 442; n. 135, p. 455, 456.

a tutti coloro che avessero un legittimo interesse alla conservazione del patrimonio lasciato dall'assente, e quindi anche ai presunti eredi di lui; e fosse inoltre attribuita al pubblico ministerò, sia per ciò che riguarda la protezione degl'interessi dell'assente, reputandosi questi costituito, se ancora esiste, in una condizione d'incapacità di fatto per provvedere da sè ai proprii affari, ed essendo appunto al ministero pubblico che è commesso di vegliare alla tutela delle persone incapaci; sia pure per ciò che concerne l'interesse generale, pel quale il pubblico ministero è rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria.

Queste riflessioni conducono ad una conseguenza che ci sembra evidente, e che non è senza importanza di rilevare. Allorchè gli eredi presunti dell'assente, od altri interessati alla conservazione del patrimonio ch'egli ha lasciato, fanno istanza al tribunale pei provvedimenti di cui parla l'art. 21 del codice civile, essi non agiscono in rappresentanza dell'assente stesso e per l'interesse di lui, ma in nome proprio e pel loro interesse particolare. Se la legge accorda ai presunti eredi la facoltà di promuovere quella istanza, è perchè non sian costretti a subire, senza aver mezzo di ripararvi, la perdita o il deterioramento d'una sostanza, che forse già appartiene a loro, se sia veramente avvenuta la morte di colui del quale s'ignora se ancora esista o no. È dunque nel loro interesse che sono autorizzati ad agire, quantunque i provvedimenti che ottengono giovino nello stesso tempo all'assente nel caso ch'egli sia ancora in vita. Ed è più evidente ancora, che quando l'istanza provenga da altri interessati alla conservazione del patrimonio dell'assente, è per proprio conto soltanto che essi agiscono. Allorchè, per esempio, sono i creditori dell'assente che fanno domanda pei provvedimenti necessari alla conservazione del patrimonio che forma la guarentìa dei loro crediti, sarebbe strano il pensare ch'essi operassero nell'interesse del loro debitore e in rappresentanza di lui.

Questa parte della disposizione contenuta nell'art. 21

del nostro codice fu desunta quasi alla lettera dall'art. 76 del codice Albertino, in cui era stabilito darsi dal tribunale i provvedimenti necessari per l'amministrazione di tutti o di parte dei beni lasciati dall'assente " *a richiesta delle* " *parti interessate, ed anche degli eredi presuntivi, o dell'av-* " *vocato fiscale* „.

Il codice francese nell'art. 112 diceva soltanto che i provvedimenti per l'amministrazione dei beni dell'assente si davano dal tribunale " *a richiesta delle parti interes-* " *sate* „. Ma soggiungeva poi nell'art. 114 che " il Mini- " stero pubblico è specialmente incaricato di vegliare agli " interessi delle persone presunte assenti „. Disposizioni identiche aveva il codice pel regno delle Due Sicilie negli articoli 118 e 120. Il codice Estense stabiliva invece nell'art. 42 che " il Giusdicente, *a domanda degli eredi pre-* " *sunti, o di chiunque altro pretendesse avervi interesse, o* " *d'ufficio*, nominasse un curatore ai beni dell'assente, che " ne assumesse l'amministrazione „.

Il Progetto del codice Albertino riproduceva in identici termini le disposizioni del codice Napoleonico e di quello delle Due Sicilie. Ma fu osservato come l'espressione che questi avevano usato, limitandosi ad accennare in genere *le parti interessate*, avesse dato luogo alla questione se potessero esservi compresi anche *gli eredi presuntivi* dell'assente; e che pertanto convenisse prevenire tale questione con una disposizione espressa, e risolverla in senso favorevole ai presunti eredi, perchè altrimenti potrebbe spesso avvenire che, non essendovi alcun altro interessato, i beni dell'assente rimanessero abbandonati, a detrimento di lui, o di chi fosse chiamato a succedergli; e trattandosi poi di semplici misure conservatorie e necessarie, non vi fosse pericolo temibile nell'affidarne la promozione anche a chi avesse per la conservazione del patrimonio dell'assente un semplice interesse eventuale, come appunto gli eredi presuntivi. Si volle inoltre che questi fossero indicati nella disposizione dopo la menzione generica di tutti gl'interes-

sati, allo scopo di dimostrare l'intenzione del legislatore che gli eredi presuntivi non avessero ad ingerirsi negli interessi del presunto assente, se non quando ne fosse dimostrata la necessità per la conservazione del patrimonio di lui.

Nei vari progetti pel codice Italiano, e parimente nel testo definitivo di esso, fu accolta la disposizione del codice Albertino senza osservazioni, adottando così i motivi che l'avevano inspirata.

142. — La parola “ *interessati* „ usata nell'art. 21 non può intendersi riferibile — secondo la regola d'interpretazione, che debbasi desumere il senso d'un testo dalla connessione tra le sue parti (art. 3 dispos. prelim.) — che a quelle persone le quali abbiano un interesse legittimo ad ottenere che l'assente sia rappresentato in alcuno degli atti da quell'articolo contemplati, o che siano dati i provvedimenti necessari alla conservazione del patrimonio di lui. E da ciò segue naturalmente il principio, ammesso infatti generalmente dalla dottrina, che sia indispensabile un *interesse pecuniario* per dare fondamento alla istanza che si presenta al tribunale pei provvedimenti relativi al patrimonio d'un presunto assente. Un interesse puramente *morale*, dipendente da vincoli di parentela, di affinità, di amicizia coll'assente, non basterebbe a giustificare la domanda diretta al tribunale. Ciò non toglie ai parenti, agli affini, agli amici, che s'interessino per l'assente, il mezzo di promuovere indirettamente le disposizioni occorrenti. La nostra legge ne ha aperta loro la via annoverando espressamente, tra coloro che possono fare istanza al tribunale per tali provvedimenti, anche il Ministero pubblico; al quale i parenti, gli affini, gli amici dell'assente, ancorchè non aventi all'uopo un interesse pecuniario, possono denunciare il fatto dell'assenza, e i bisogni che ne derivano. Ma con ciò il legislatore ha pure opportunamente ovviate quelle indiscrezioni, che per vero o finto eccesso di zelo

potrebbero essere commesse immischiandosi negli affari di persone allontanatesi dal loro domicilio, sotto il pretesto della parentela, dell'affinità, dell'amicizia.

Sulla necessità che l'interesse allegato in appoggio della istanza non sia semplicemente morale, ma pecuniario, non sembra dunque che possa esservi dubbio (1). Ma presenta invece qualche difficoltà l'altro quesito, se si richieda un interesse *già nato ed attuale*, o basti anche un interesse *futuro ed eventuale*.

Quest'ultima opinione era adottata dal maggior numero degli scrittori francesi (2); ma non mancavano neppure cospicue autorità a sostegno della prima (3).

È notevole però che il punto speciale, su cui manifestavasi discordanza, riguardava propriamente il dubbio se fra gl'*interessati*, che potevano invocare i provvedimenti pel patrimonio del presunto assente, fossero da annoverarsi anche gli *eredi presuntivi* di lui; ai quali appunto alcuni volevano negare quella facoltà, adducendo che il loro interesse non era *già nato ed attuale*, ma *futuro ed eventuale* soltanto. Epperò qualche altro autore, concordando in questo ultimo avviso rispetto ai presunti eredi, diceva tuttavia doversi distinguere l'*interesse eventuale fondato sopra un atto* — come sarebbe quello d'un creditore sotto condizione sospensiva, d'un donante che avesse stipulata la riversibilità della cosa donata, di chi avesse venduto un bene con patto di ricupero e simili — dall'*interesse eventuale non fondato sopra un atto*, quale sarebbe appunto quello dei presunti eredi dell'assente; e sosteneva che la prima specie

---

(1) V. PROUDHON, *Tr. sur l'état des personnes*, t. I, C. XX, S. 1, § 2; DELVINCOURT, t. I, p. 47, n[a] 7[a]; TOULLIER, t. I, n. 394; DURANTON, t. 1, n. 402; ZACHARIÆ, § 149; MARCADÉ, art. 112, § III, t. I, n. 340; DEMOLOMBE, t. II, n. 23.

(2) V. DUVERGIER *sur Toullier*, t. I, n. 394; VALETTE *sur Proudhom*, l. c., n[a] (a); ZACHARIAE, t. 1, § 149; AUBRY e RAU, t. 1, § 149, n. 1, n[a] 4; DEMOLOMBE, t. II, n. 26; LAURENT; t. II, n. 137.

(3) DELVINCOURT, t. I, p. 47, n. 7; TOULLIER, t. 1, n. 394; MARCADÉ, t. I, n. 340.

d'interesse eventuale, ma non l'altra, autorizzasse a chiedere disposizioni per la conservazione del patrimonio dell'assente (1). Ora, posta in questi termini, la questione sarebbe risoluta espressamente dal testo dell'articolo 21 del nostro codice, che annovera anche *gli eredi presunti dell'assente* fra coloro che possono promuovere, mediante istanza al tribunale, i provvedimenti necessari per conservare il patrimonio dell'assente stesso. Vedremo nel numero seguente da quali motivi speciali sia stata ispirata questa disposizione. Se non che al dubbio, se in massima sia necessario in chi chiede quei provvedimenti un interesse già nato ed attuale, o basti anche un interesse eventuale, non risponde alcuna espressa disposizione di legge; e per risolverlo bisogna quindi ricorrere ai principii generali di diritto.

Che un interesse pecuniario già nato ed attuale ad invocare la nomina di un rappresentante del presunto assente per stare in giudizio, o per alcuno dei vari atti indicati nell'art. 21, o ad invocare gli altri provvedimenti che siano necessari alla conservazione del patrimonio dell'assente stesso, dia luogo a proporre davanti al tribunale le relative domande, non è da mettersi in dubbio. Un tale interesse basterebbe a rendere ricevibile un'azione giudiziale, se ne fosse il caso. E perchè dunque dovrebb'essere insufficiente per giustificare le istanze contemplate nell'articolo 21, le quali hanno semplicemente per oggetto di costituire all'assente un rappresentante legale per dati atti, o di provvedere alla conservazione dei di lui beni, il che non ha certamente l'importanza e la gravità di un'azione diretta a reclamare o perseguire in via di giustizia contenziosa contro l'assente medesimo ciò che l'attore pretenda appartenergli od essergli dovuto?

A chi sia debitore verso un assente può abbisognare la nomina di persona che rappresenti legittimamente il creditore, al fine di liberarsi validamente col pagamento. È

(1) Duranton, t. 1, n. 401-402.

un interesse legittimo, attuale, che giustifica l'istanza per tale nomina.

In una società, nella quale l'assente sia interessato, può essersi pattuito che i soci incaricati dell'amministrazione, tra i quali sia compreso anche l'assente, non possano agire l'uno senza l'altro; e sebbene non si trattasse di atti d'urgenza, dalla cui ommissione potesse derivare un grave ed irreparabile danno alla società, e per ciò non fosse caso di derogazione a quel patto in virtù della disposizione dell'art. 1722 del codice civile, nondimeno l'assenza d'uno dei soci amministratori potrebbe nuocere all'andamento regolare degli affari sociali. Sarebbe caso allora di potersi giovare della disposizione dell'art. 21 per ottenere la facoltà di agire senza il concorso del socio assente.

Se la società venisse a sciogliersi per una delle cause contemplate negli articoli 1729 e seguenti, e si dovesse quindi procedere alla liquidazione ed alla divisione, gli altri soci potrebbero domandare che all'assente venisse nominato un rappresentante per tali operazioni.

Suppongasi che l'assente sia fra i partecipanti ad una comunione di beni. È necessario fare gravi spese per la conservazione della cosa comune, e occorrerebbe perciò che il comunista assente o vi contribuisse spontaneamente, o vi fosse costretto giudizialmente, a norma dell'articolo 676 cod. civ. Ovvero si tratta di deliberare sopra atti relativi all'amministrazione ed al migliore godimento della cosa comune; ma il partecipante assente rappresenta egli solo *la maggiore entità degl'interessi che costituiscono l'oggetto della comunione*, cosicchè ogni deliberazione riuscirebbe impossibile, giusta quanto è disposto nell'art. 678. O, in fine, uno dei comunisti, approfittando della massima fondamentale riconosciuta dall'art. 681, vorrebbe sciogliere la comunione di beni. Sarebbero questi altrettanti casi nei quali i comunisti, per l'assenza d'uno di loro, potrebbero fare istanza, a senso dell'art. 21, per ottenere i provvedimenti occorrenti.

Il conduttore di beni dell'assente, che abbisognassero di urgenti riparazioni di grossa manutenzione, o di opere necessarie per conservarli in istato di servire all'uso per cui vennero affittati; il locatore di beni condotti in affitto dall'assente, per ottenere l'adempimento dei patti di locazione; il proprietario di beni tenuti in usufrutto dall'assente, per tutto ciò che riguarda la conservazione della sostanza di essi tanto nella materia quanto nella forma (art. 477, cod. civ.) sarebbero pure da classificarsi tra gl'*interessati* di cui parla il predetto art. 21.

In tutte le succennate ipotesi coloro che chiederebbero provvedimenti vi avrebbero infatti un *interesse pecuniario, legittimo, già nato ed attuale.* E gli esempi potrebbero moltiplicarsi per una indefinita varietà d'altri casi. Tra essi sono da annoverarsi pure quelli in cui siano i creditori del presunto assente, che chiedano provvedimenti per la conservazione dei beni di lui, i quali formano, secondo il principio proclamato negli articoli 1948 e 1949 del codice civile, la comune loro guarentìa. Sebbene all'obbligazione sia stato apposto un termine, il quale non essendo ancora scaduto, non abbia reso esigibile il credito corrispondente, è chiaro però che anche in pendenza del termine il creditore ha un interesse legittimo ed attuale ad assicurare la conservazione dei beni del debitore assente, acciocchè la guarentìa del suo credito, costituita da quei beni, non venga a scomparire o scemarsi. Nè questo interesse potrebbe considerarsi come soltanto eventuale; poichè la guarentìa competente al creditore su tutti i beni presenti e futuri del debitore nasce insieme col credito, e la persona a cui esso appartiene ha quindi un interesse legittimo ed attuale a tutti quei provvedimenti, coi quali conservandosi i beni, sia mantenuta intatta e piena la guarentìa medesima.

Si è dubitato se altrettanto possa dirsi di chi abbia un credito puro e semplice, e quindi esigibile; e qualche opinione si è manifestata in senso contrario, per la considerazione che “ il creditore può ottenere una sentenza

“ contumaciale, e farla eseguire come se il debitore fosse “ presente „. Ma se, pendente il giudizio, i beni del debitore assente si deteriorano, non potrà il creditore averne da lamentare i danni? E non avrà quindi interesse a prevenirli ed evitarli, giovandosi della disposizione dell'art. 21?

Il dubbio può essere più grave allorchè il credito, non solo sia *esigibile*, ma fondato inoltre *sopra un titolo esecutivo;* perchè allora il creditore ha il mezzo di ricorrere direttamente e immediatamente alle vie ordinarie della esecuzione forzata (art. 553 e seguenti, cod. proc. civ.). Egli però, sia per riguardo allo stesso debitore assente, o per altra causa anche d'interesse proprio, potrebbe voler evitare od almeno differire il procedimento dell'esecuzione forzata. Come potrebbesi dunque negare ch'egli avesse intanto un interesse legittimo alla conservazione dei beni dell'assente, e ritenere perciò irricevibile la domanda che presentasse al tribunale pei relativi provvedimenti, a senso dell'articolo 21 del codice civile?

Ma dall'essere indubitabile che un interesse pecuniario, già nato ed attuale, rende ricevibile l'istanza che sia proposta a senso dell'art. 21 del codice civile, non deriverebbe come conseguenza necessaria che un simile interesse fosse sempre indispensabile, e non potesse invece talvolta bastare anche un interesse semplicemente *eventuale*. Alcuni autori, che già abbiamo citati, vollero escludere assolutamente questo, coll'unico argomento consistente nel dire, che quando la legge parla d'*interessati*, intende sempre riferirsi ad un *interesse legale*, tale, cioè, che *possa formar base di un'azione;* il che non si verifica, se non quando l'interesse sia *nato ed attuale*. La parificazione però, che così pretendevasi di fare tra l'esercizio d'un'azione e la proposta della istanza pei provvedimenti relativi ad un presunto assente, era tutt'altro che esatta. L'azione è il mezzo di diritto, col quale si può conseguire in via di giurisdizione contenziosa quello che ci appartenga, o ci sia dovuto; ed è quindi naturale che per poter esercitare contro altri l'azione sia indi-

spensabile l'esistenza attuale del diritto in virtù di cui pretendiamo che una cosa ci appartenga, o ci sia dovuto l'adempimento d'una obbligazione. I provvedimenti pel presunto assente sono invece promossi con semplice istanza in via di giurisdizione volontaria, e non hanno per oggetto l'esercizio di pretesi diritti sopra una cosa, o l'esecuzione d'una data obbligazione personale, ma semplicemente di ottenere che sia dato un legittimo rappresentante all'assente per certi atti, o che sia provveduto alla conservazione dei beni da lui lasciati. La differenza tra i due casi è dunque manifesta; e dal richiedersi un interesse già nato ed attuale per dar fondamento all'azione, non si può dedurre senz'altro che un interesse semplicemente eventuale non sia mai sufficiente a legittimare l'istanza pei provvedimenti ammessi dall'art. 21 del codice civile.

Un moderno autore ha considerato questo punto sotto un aspetto diverso. " Per qual ragione — si è domandato " egli — deve l'attore avere un interesse *nato ed attuale?* " Perchè egli chiede qualche cosa per se stesso. Ma nel " caso dell'art. 112 (a cui corrisponde l'art. 21 del codice " italiano) l'instante non chiede nulla per sè; solamente fa " conoscere al tribunale la necessità di provvedere all'am- " ministrazione dei beni dell'assente „ (1). In ciò l'autore era coerente al sistema da lui adottato, secondo cui reputava che nello stadio dell'assenza presunta i provvedimenti ammessi dalla legge fossero determinati esclusivamente *dall'interesse dell'assente*. Ma poichè, per le ragioni altra volta esposte, sarebbe da ritenersi invece che i provvedimenti predetti siano introdotti, non già per sola protezione dell'assente, ma per chiunque abbia interesse alla conservazione del patrimonio di lui, ed eziandio per l'interesse generale (2), non sarebbe dunque vera l'affermazione che *non chieda nulla a proprio vantaggio* chi fa istanza pei prov-

---

(1) V. Laurent, t. II, n. 137.
(2) V. sopra, n. 135, p. 453, ss.

vedimenti ammessi dalla legge nel caso di presunta assenza; nè quindi sussisterebbe la differenza che si vorrebbe riscontrare in ciò comparativamente al caso d'un'azione intentata in giudizio. Una differenza tra i due casi esiste veramente, ma sotto il diverso rapporto che abbiamo sopra rilevato; in quanto, cioè, chi invoca i provvedimenti relativi alla presunta assenza non esercita giudizialmente diritti che gli appartengano sopra una cosa, o per l'adempimento di una obbligazione personale, ma in via di semplice giurisdizione volontaria chiede provvedimenti meramente conservatorii, o tendenti a dare all'assente un legittimo rappresentante in determinati atti. E ciò vale per dedurne che il richiedersi un interesse già nato ed attuale, onde dar fondamento ad un'azione giudiziale, non basta per stabilire che un simile interesse sia parimente indispensabile a legittimare un'istanza pei fini dell'articolo 21 del codice civile; ma non giustifica poi l'escludere che per altri motivi possa essere necessaria l'esistenza attuale dell'interesse su cui si fondi l'istanza. L'opinione preponderante nella dottrina francese ammette però, come già avvertimmo, che sia sufficiente l'interesse futuro ed eventuale. E quantunque quegli autori nei loro ragionamenti si riferissero più specialmente agli eredi presuntivi dell'assente, i quali chiedessero provvedimenti per la conservazione del patrimonio di lui — caso non previsto nel codice francese, ma risolto espressamente dal codice italiano — essi però generalizzavano la loro teoria, affermando appunto che a legittimare l'istanza pei provvedimenti della presunta assenza basti avere un interesse legale, sia poi esso già nato ed attuale, od anche solo futuro ed eventuale.

Intorno a ciò, per altro, bisogna innanzi tutto determinare con precisione quel che si voglia significare con questa espressione “ *diritti eventuali* „. Dei sensi diversi, in cui si suole intenderla, abbiamo parlato in altra parte di questo corso. Talvolta essa viene usata per indicare i diritti la cui sussistenza rimane sospesa da un evento futuro ed incerto,

dal cui avveramento sono fatti dipendere. In altro senso si dicono eventuali certi diritti, dei quali è solamente incerto se già esistano, o no, perchè dipendono da avvenimenti anteriori, dei quali però s'ignora se siansi verificati. Nel significato più proprio e particolare s'intendono per *diritti eventuali* le semplici *speranze* od *aspettative*, che non costituiscono diritti già acquisiti, ma solo presentano gli elementi giuridici che possono produrne l'acquisto futuro (1). Ora, secondo l'una o l'altra di queste ipotesi si fa luogo a risolvere diversamente la questione, se in chi possa addurre tali diritti si riscontri un interesse legittimo sufficiente per invocare i provvedimenti contemplati dall'art. 21 del codice civile pel presunto assente.

Qualora chi fa l'istanza fondi l'interesse, con cui intende legittimarla, in un diritto che gli spetti sui beni o verso la persona dell'assente, ancorchè quel diritto dipenda da un avvenimento futuro ed incerto, da una condizione, o *sospensiva* o *risolutiva* che sia, non è da porre in dubbio che quell'interesse sia da riguardarsi come *legittimo* ed *attuale*, non ostante la pendenza della condizione. Un diritto, sebbene *condizionale*, è nondimeno *acquisito*, fa parte del patrimonio della persona, ed è trasmissibile (2). E se a questo diritto può nuocere il mancare chi rappresenti in determinati atti l'assente, o il non essere dati i provvedimenti che siano necessari per la conservazione del patrimonio di lui, perchè dunque si negherebbe l'esistenza in ciò d'un interesse legittimo per promuovere la nomina di quel rappresentante, o per invocare quei provvedimenti? D'altronde a chi abbia diritti subordinati ad una condizione compete, anche prima che questa siasi verificata, la facoltà di *esercitare tutti gli atti che tendono a conservare i diritti medesimi* (art. 1171, cod. civ.) e sono appunto per loro natura semplicemente conservatorii quelli coi quali si provocano i

---

(1). V. vol. I, n. 40, p. 139-141.
(2) V. vol. I, n. 39, p.137-139.

provvedimenti necessari in causa della presunta assenza d'una persona.

Chi, per esempio, abbia fatta in favore dell'assente una donazione, stipulando la riversibilità dei beni donati nel caso di premorienza del donatario, non ha conservato su questi beni che un diritto condizionale, subordinato all'avvenimento futuro ed incerto di tale premorienza, che farebbe risolvere il diritto di proprietà acquistato dal donatario, e lo farebbe ritornare al donante, privando retroattivamente di effetto le alienazioni che il donatario avesse fatte e in generale le ipoteche o gli oneri che avesse costituiti sui beni donati (art. 1071, 1072, cod. civ.). Ora, l'assenza medesima dà luogo all'incertezza se il caso della riversibilità siasi verificato; e supposto pure che ciò non sia, e l'assente viva ancora, non si può disconoscere nel donante un interesse legittimo ed attuale a far disporre quei provvedimenti di conservazione dei beni donati, che omessi potrebbero essergli di pregiudizio nel caso che poi la riversione si verificasse.

Il *riscatto convenzionale*, stipulato in un contratto di vendita, costituisce una *condizione risolutiva*, il cui avveramento rimette le parti nelle identiche condizioni in cui erano anteriormente alla vendita (art. 1515, 1528, codice civile). Corrispondentemente perciò il venditore conserva sotto la stessa condizione i propri diritti sulla cosa venduta. Qui pure pertanto, se il compratore divenga assente, e siano necessari provvedimenti per la conservazione di quella cosa, il venditore ha interesse legittimo ed attuale a domandarli, per guarentigia di quel diritto che si è riservato, e che quantunque condizionale produrrebbe verificandosi effetti retroattivi.

I creditori, come osservammo altra volta, hanno anch'essi un interesse legittimo ed attuale ad invocare dall'autorità giudiziaria i provvedimenti che occorrano per conservare il patrimonio del debitore assente, patrimonio che forma la guarentìa comune delle loro ragioni di credito. E supposto

pure che si trattasse di credito subordinato ad una condizione, la pendenza di questa non potrebbe pregiudicare alla legittimità ed attualità di tale interesse, stante l'effetto retroattivo che avrebbe l'avveramento della condizione stessa (art. 1170, cod. civ.).

Suppongasi ora che non si tratti di un diritto la cui sussistenza dipenda da un avvenimento futuro ed incerto, ma di un diritto subordinato ad un fatto anteriore, del quale solamente s'ignori se siasi verificato, o no. È il secondo aspetto, sotto cui abbiano notato chiamarsi talora *eventuali* certi diritti. Potrà fondarsi sovr'essi un interesse legittimo, per gli effetti dell'art. 21 del codice civile? Non sembra da esitarsi a rispondere affermativamente. La *condizione impropria*, qual'è appunto quella di cui parliamo, ha colla *condizione vera* questo lato d'identità, che essendo subordinato l'effetto della convenzione o della disposizione all'esistenza di un fatto passato o presente, ma ancora ignoto, la convenzione o disposizione medesima deve considerarsi come non avvenuta, se, appurata la verità, si accerti che il fatto contemplato non siasi verificato. Ora, in questo stato di cose, finchè dura la incertezza sulla esistenza od inesistenza di quel fatto, non vi è forse un interesse legittimo ai provvedimenti che siano necessari per assicurare l'attuazione del diritto nell'evento che l'esistenza di esso venga poi dimostrata? Prendiamo il caso più ovvio, d'una stipulazione che taluno abbia fatta coll'assente per l'acquisto d'una cosa, subordinatamente all'esistenza attuale od anteriore d'un determinato fatto, che le parti ignorino se sussista od abbia avuto luogo. Se la cosa formante oggetto di tale acquisto sia in pericolo di perdita o deteriorazione per l'abbandono in cui l'ha lasciata l'assente, non avrà l'acquirente un interesse legittimo a far ordinare quei provvedimenti che siano necessari per conservarla, e non potrà quindi invocarli, a norma dell'art. 21 del cod. civile? La disposizione dell'articolo 1171 gli darebbe il diritto verso l'assente stesso di esercitare tutti gli atti tendenti a

conservare le proprie ragioni. Perchè dunque gli si negherebbe di poter domandare all'autorità giudiziaria i provvedimenti ammessi dall'art. 21, i quali pure non hanno altro carattere che meramente conservatorio, ed ai quali l'assente sarebbe tenuto di dare opera egli stesso, e forse lo farebbe spontaneamente, se fosse presente? Quelle stesse ragioni, per le quali è da ritenersi senza dubitare che competa un interesse legittimo, a senso del detto articolo 21, a chi abbia su qualcuno dei beni lasciati dall'assente un diritto subordinato ad una condizione vera e propria, debbono valere tanto più quando non si tratta di un diritto la cui esistenza stessa sia in sospeso dipendendo da un avvenimento futuro ed incerto, ma di un diritto che deve riguardarsi come già esistente, supposto che il fatto presente od anteriore, a cui è subordinato, sussista o siasi verificato, e solo l'accertamento del contrario darebbe luogo a considerare come non avvenuta la convenzione o disposizione con cui quel diritto fu stabilito.

Esaminiamo ora il caso di quelli che si dicono *diritti eventuali* nel senso speciale e più proprio di questa parola, di quelli, cioè, che costituiscono veramente semplici *speranze* od *aspettative*. Già abbiamo osservato ripetutamente come, secondo l'opinione di una parte ragguardevole degli autori francesi, anche in questo caso le persone a cui competano simili diritti eventuali debbano reputarsi avere un interesse legittimo, sufficiente per autorizzarli a chiedere i provvedimenti che occorrano per conservare il patrimonio dell'assente; e sebbene i più abbiano specialmente in mira gli eredi presuntivi dell'assente, enunciano però in senso generale ed assoluto la proposizione, che a render legittimo l'interesse non occorra ch'esso sia *attuale*, ma basta anche se sia solamente *eventuale*.

Per ciò che riguarda gli *eredi presuntivi*, vedremo nel numero seguente, indagando le ragioni della disposizione del nostro codice che espressamente li parifica agli altri *interessati*, se i loro diritti siano veramente da considerarsi

come meramente *eventuali*, nel senso di *semplici speranze* od *aspettative*, o se piuttosto siano da classificarsi in qualcuna delle altre categorie di cui trattammo precedentemente, cioè di diritti soggetti a condizione, o vera od impropria. È dei soli casi in cui si tratti indubbiamente di *semplici speranze* od *aspettative*, che intendiamo ora di parlare.

L'argomento principale addotto per sostenere che anch'esse bastino a costituire un interesse legale, in virtù di cui si possano domandare al tribunale i provvedimenti ammessi dalla legge per la presunta assenza, consiste nell'osservare che la legge " accorda tale facoltà alle parti interessate in generale, e *non esige un interesse nato ed attuale* " (1). Ma appunto perchè il legislatore si è limitato a parlare d'*interesse*, senza definire se questo debba essere *attuale*, o basti un *qualsiasi interesse eventuale*, rimane a stabilire ciò col mezzo della interpretazione, esaminando la presumibile intenzione del legislatore stesso, ricorrendo allo spirito della disposizione; e il conchiuderne senz'altro che l'interesse *eventuale* sia sufficiente in ogni caso, quasichè per richiederlo *attuale* fosse stato indispensabile esprimerlo, non si vede quale fondamento possa avere. Ricercando poi la intenzione del legislatore, è difficile persuadersi ch'egli si sia voluto contentare d'un qualunque interesse puramente eventuale in chi faccia istanza perchè si provvegga al patrimonio dell'assente. Se si è richiesto per la ricevibilità di tali istanze che chi le presenti abbia un *interesse patrimoniale* a far destinare un rappresentante all'assente per determinati atti, od a far emanare i provvedimenti necessari alla conservazione del patrimonio di lui, è stato per evitare le facili indiscrezioni che potrebbero essere commesse intromettendosi sotto mendicati pretesti nella gestione dei beni di persone che si fossero temporaneamente allontanate dal loro domicilio;

---

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 149, n° 4.

mentre poi a ciò che sia veramente necessario per l'interesse dell'assente stesso, la legge ha provveduto abbastanza col deferire la promozione degli ordinamenti occorrenti al Ministero pubblico, a cui chiunque può denunciare i fatti, acciocchè, qualora lo riconosca opportuno, provochi dal tribunale i decreti che siano del caso. Quest'adito, che la legge ha voluto chiudere alle indiscretezze, rimarrebbe invece largamente aperto ammettendo che qualunque interesse eventuale, consistente anche in semplici e lontane speranze, bastasse per autorizzare a presentare le istanze al tribunale.

Un altro singolare argomento è stato addotto per dimostrare che *qualsiasi interesse anche puramente eventuale, debba bastare per giustificare le istanze* di cui si tratta. " Ciò che " lo prova — si è detto — è che il Ministero pubblico ha " il diritto di agire d'ufficio; eppure non si può dire di lui " che abbia un interesse nato ed attuale, giacchè non agisce " mai per un interesse personale. Bisogna dunque modificare il principio generale in questo senso, che *sono parti* " *interessate tutti coloro che hanno un interesse qualunque* " *alla conservazione del patrimonio dell'assente* „ (1). In quest'argomentazione vi è una sola parte di vero; laddove si dice che *il Ministero pubblico non agisce mai per un interesse personale*. Egli agisce infatti per l'interesse generale della società, che rappresenta, e per quello eziandio dell'assente stesso, che, come posto presumibilmente in una condizione d'incapacità di fatto a provvedere ai propri beni, è sotto la protezione della legge. Ma come si può dedurre da ciò che basti qualunque interesse, anche puramente eventuale, alla conservazione del patrimonio dell'assente, per legittimare l'istanza d'un privato onde far nominare chi rappresenti l'assente in determinati atti, o far provvedere alla conservazione del suo patrimonio? Forsechè il Ministero pubblico ha un interesse proprio, se non attuale,

(1) V. Laurent, t. II, n. 137.

eventuale alla conservazione del patrimonio dell'assente? Non è nè può essere necessario che ne abbia alcuno; appunto perchè la sua azione è determinata da un interesse, non mai personale, ma pubblico.

Da tutto ciò si dovrebbero dedurre, a nostro modo di vedere queste conseguenze: che nell'articolo 21 del nostro codice siano da intendersi per *interessati* a promuovere i provvedimenti ammessi per la presunzione di assenza coloro che abbiano interesse legittimo ed attuale ad ottenere che l'assente sia rappresentato in alcuno degli atti contemplati in quell'articolo, o che sia provveduto alla conservazione del patrimonio di lui, qualora fondino tale interesse in diritti acquistati verso la persona dell'assente, o sovra beni da lui posseduti; sia poi che questi diritti siano puri e semplici, o che la loro esecuzione sia ritardata da un termine, o che la loro esistenza sia subordinata ad una condizione vera, od impropria; ma che la disposizione predetta non sia applicabile a coloro a cui competano semplici *diritti eventuali*, nel senso speciale e più proprio di questa espressione, cioè a quelli che non abbiano verso la persona dell'assente, o sui beni di lui, alcun diritto acquisito, ma mere speranze od aspettative.

Così, per esempio, il diritto agli alimenti fra i parenti, finchè per uno di essi non siasi verificato il bisogno di ottenerli dall'altro, non è che puramente *eventuale* nello stretto senso della parola. La relazione di parentela o di affinità è solo il germe da cui può essere originato un tale diritto; il quale però non può aprirsi e divenire acquisito, se non pel fatto che chi chiede gli alimenti si trovi in condizione di abbisognarne, non potendo provvedere alla propria sussistenza nè con rendite che gli appartengano, nè col lavoro. Fingasi che lo suocero di un assente, fondandosi sulla disposizione dell'art. 140, cod. civ., mentre non sia in condizione di poterne invocare l'applicazione attuale, essendo largamente provvisto di beni di fortuna, faccia istanza al tribunale pei provvedimenti conservatorii del

patrimonio dell'assente predetto. L'istanza non sarebbe, a nostro avviso, ricevibile; perchè la legge non la permette che agl'interessati, nè un vero interesse legale può essere addotto da chi non lo fondi sopra un diritto che attualmente gli appartenga, ancorchè subordinato ad una condizione, vera o impropria che sia, ma lo fondi invece sulla semplice aspettativa d'un diritto eventuale, che è possibile nasca in futuro per lui da un fatto ancora lontano dall'avverarsi. Non è per questo che in mancanza d'altra persona autorizzata dalla legge a fare istanza al tribunale pei provvedimenti necessari alla conservazione del patrimonio dell'assente, rimanga impossibile di promuoverli. Potrebbe sempre farlo il pubblico Ministero, a cui nel caso che abbiamo figurato lo suocero stesso dell'assente potrebbe denunciare all'uopo i fatti, affinchè procedesse secondochè le circostanze del caso lo richiedessero. Ma sarebbe soverchio l'ammettere che sul fondamento della lontana eventualità di un possibile diritto futuro di alimenti, fosse lecito assumere in proprio una tale istanza, ingerendosi così negli affari dell'assente, a cui forse altri parenti di lui provveggono intanto abbastanza, senza far intervenire disposizioni dell'autorità giudiziaria.

143. — Agl'*interessati*, in generale, l'art. 21 del nostro codice, indicando le persone che possono provocare i provvedimenti occasionati dalla presunta assenza di taluno, ha espressamente aggiunti *i presunti eredi* dell'assente; risolvendo con ciò una questione controversa nel diritto francese, come più volte abbiamo avuto occasione di ricordare.

Quelli tra gli autori i quali professavano la massima stessa adottata poi nel nostro codice, che anche gli eredi presuntivi dell'assente fossero da riguardarsi come aventi un interesse legittimo a promuovere i provvedimenti che si rendessero necessari per la conservazione del patrimonio di lui, ne adducevano per motivo che “ questi eredi non “ hanno soltanto una semplice speranza non trasmissibile,

" ma *una specie di diritto condizionale;* inquantochè, se
" l'assenza continua, e viene poi dichiarata, il diritto degli
" eredi alla immissione in possesso dei beni dell'assente,
" si troverà esser nato nel giorno stesso della scomparsa
" dell'assente o delle ultime sue notizie, in guisa che se
" questi eredi siano morti nell'intervallo, avranno trasmesso
" ai loro propri eredi il diritto alla immissione in pos-
" sesso; e che pertanto nulla osta a poter considerare gli
" eredi presuntivi dell'assente, al tempo del comincia-
" mento della presunzione di assenza, come aventi inte-
" resse legittimo ad invocare i provvedimenti necessari
" per la conservazione del patrimonio " (1). Un altro autore reputò inaccettabile questa spiegazione; e vi sostituì la massima da lui propugnata, che qualunque specie di interesse, ancorchè puramente eventuale, bastasse a legittimare l'istanza pei provvedimenti della presunta assenza; posta la qual massima, era certamente innegabile che un interesse non mancasse agli eredi presuntivi. " Chi non
" vede — egli diceva — che il diritto dei presunti eredi
" alla immissione in possesso è *puramente eventuale?* Basta
" infatti una notizia che giunga dell'assente per fare scom-
" parire quel diritto. Perciò si dice trattarsi *d'una specie*
" *di diritto condizionale.* Ma queste espressioni indecise,
" colle quali si afferma una cosa, pur non osando di farlo
" apertamente, devono essere bandite dalla nostra scienza.
" Un diritto è, o non è condizionale. Queste espressioni
" vaghe inducono idee nebulose in una scienza essenzial-
" mente positiva, ciò che è la rovina della vera scienza " (2).

Pare anche a noi, veramente, che col voler dimostrare l'esistenza nei presunti eredi dell'assente d'un interesse legale a provocare i provvedimenti necessari per la conservazione del patrimonio da lui lasciato, fondandosi sulla immissione in possesso dei beni componenti il patrimonio

(1) V. Valette *sur Proudhon*, t. I, p. 257, nª (a): Duvergier *sur Toullier*, t. I, n. 394; Demolombe, t. II, n. 26.
(2) V. Laurent, t. II, n. 137, p. 175.

medesimo, che quegli eredi potranno domandare più tardi, si scelga una base fallace. L'immissione in possesso è un istituto speciale e distinto, che presuppone la presunzione di assenza, poichè il possesso agli eredi non può essere dato che dopo la dichiarazione di assenza (art. 26, codice civile), e questa dichiarazione non può aver luogo che dopo un periodo continuo di *assenza presunta*, cioè dopo tre anni o sei, secondo i casi. Ora il pretendere di giustificare legalmente l'interesse, che gli eredi abbiano a promuovere i provvedimenti per l'assenza presunta, allegando un diritto che potrà sorgere in loro favore solamente nello stadio ulteriore dell'assenza dichiarata, non sembra logico; a meno di ammettere, come sostiene il Laurent, che per legittimare l'istanza pei provvedimenti dell'assenza presunta basti un interesse qualunque sia, purchè pecuniario, ancorchè dipenda da un diritto meramente *eventuale* nel senso più stretto di questa parola. Non altro che puramente eventuale è infatti questo diritto di futura immissione in possesso dei beni lasciati dall'assente. La presunta assenza ne è il germe; ma il diritto dell'immissione in possesso non può nascere, non può essere acquisito, se non pei fatti della continuazione della stessa assenza presunta pel tempo stabilito dalla legge, della dichiarazione giudiziale ottenutane, del trascorrimento del nuovo termine e dell'adempimento delle formalità che la legge medesima ha prescritte; fino al verificarsi di questi fatti la immissione in possesso è una mera speranza, una semplice aspettativa, che può essere fatta scomparire da qualunque notizia che giunga dell'assente. Si è voluto dare a codesta aspettativa il colore d'un diritto acquisito, sebbene condizionale, col dire che, dichiarata l'assenza, il diritto degli eredi alla immissione in possesso dovrà reputarsi nato fin dal giorno in cui la presunzione di assenza è cominciata. Ma ciò non è esatto; gli effetti della immissione in possesso non sono retroattivi; datano soltanto dal giorno in cui sia stata ordinata dal tribunale. È vero bensì che il diritto ne spetta, in man-

canza di eredi testamentari, *a quelli che sarebbero stati eredi legittimi dell'assente, s'egli fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza* (art. 26, § 2°, cod. civ.); ma ciò, non perchè la immissione in possesso retroagisca fino al giorno in cui l'assenza cominciò ad essere presunta, bensì soltanto perchè d'allora in poi essendo rimasto incerto se l'assente viva ancora, o se ne sia avvenuta, ed in qual tempo, la morte, non sarebbe possibile attribuire la qualità di eredi legittimi ad altri, se non a quelli appunto che sarebbero stati chiamati a succedergli, supposto che la sua morte fosse accaduta nel giorno dell'ultima notizia. Si è voluto ancora trovar la prova dell'esistenza d'un diritto acquisito, sebbene condizionale, alla immissione in possesso, nel potersene fare la domanda dai successori dei predetti eredi legittimi, qualora questi sian venuti a mancare nell'intervallo dopo l'ultima notizia dell'assente (articolo 26, § 2°, cod. civ.); osservandosi che dunque essi avevano fin da quel tempo un diritto acquisito, quantunque condizionale, giacchè han potuto trasmetterlo ai propri successori. Ma non è il *diritto alla immissione in possesso* che sia da reputarsi trasmesso a costoro dai loro autori; bensì il diritto di successione all'assente, supposto ch'egli sia morto nel giorno a cui risalgono le ultime sue notizie. In tale ipotesi, infatti, coloro che in quel giorno ne sarebbero stati gli eredi legittimi avrebbero acquistato il diritto di eredità, e lo avrebbero trasmesso ai propri successori. E siccome la immissione in possesso è accordata dalla legge a quelli a cui spetti il diritto ereditario in relazione al tempo in cui si ebbe l'ultima notizia dell'assente, così è naturale che, morti essi, la domanda d'immissione in possesso possa esser fatta per conto proprio dai loro successori.

Pensiamo perciò che durante la presunta assenza la futura possibile immissione in possesso dei beni dell'assente non sia da considerarsi che come una semplice speranza od aspettativa, la quale non potrebbe legittimare la facoltà data nell'art. 21 del codice ai presunti eredi dell'assente,

di promuovere i provvedimenti necessari alla conservazione del patrimonio di lui. Ma crediamo, d'altra parte, che una tale concessione possa essere pienamente giustificata sotto un aspetto diverso; senza ammettere, come altri vorrebbe, che per poter invocare la citata disposizione basti un interesse quale che sia, sebbene puramente eventuale.

Dal giorno in cui comincia la presunzione di assenza, coloro che a quel tempo sarebbero eredi legittimi dell'assente hanno un diritto di successione, che non può dirsi con sicurezza acquisito finchè la morte dell'assente non sia provata, ma che potrebbe esserlo già effettivamente qualora quella morte fosse in realtà avvenuta. Un tale diritto non è da riguardarsi come *veramente condizionale*, perchè non dipende da un *avvenimento futuro;* ma nemmeno si limita ad una semplice *aspettativa*, giacchè è subordinato ad un evento che potrebb'essersi già verificato, sebbene ancora ignoto, e che qualora lo fosse avrebbe già dato luogo all'aprimento della successione dell'assente; nel che la condizione dei presunti eredi in questo caso diversifica profondamente dall'altro della successione d'una persona di cui sia tuttora certa la vita, e nel quale perciò non può ancora esservi, per coloro che sarebbero chiamati a succederle, altro che una semplice speranza. Si tratta dunque di quella seconda specie di diritti eventuali, di cui parlammo nel numero precedente; di diritti, cioè, subordinati a fatti anteriori, dei quali solo s'ignora se siano avvenuti o no. Vedemmo che simili diritti, a maggior ragione ancora di quelli che dipendono da condizioni vere e proprie, possono dar fondamento ad un interesse legittimo, a senso dell'articolo 21 del nostro codice, ed a poter quindi provocare dal tribunale i provvedimenti necessari alla conservazione del patrimonio dell'assente. Ciò dunque giustifica l'essere stati espressamente autorizzati anche i presunti eredi dell'assente a presentare al tribunale le relative istanze. Essi sono forse già i veri proprietari dei beni lasciati dall'assente, se la morte di lui, quantunque non ancora accertata,

è realmente avvenuta. Sarebbe stato ingiusto, ed avrebbe potuto essere gravemente dannoso, il negare loro i mezzi per assicurarsi la conservazione di quei beni, e guarentire così il proprio interesse.

Questi motivi però si limitano, com'è manifesto, a coloro soltanto che sarebbero eredi legittimi dell'assente supponendo avvenuta la morte di lui nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza; ovvero ai successori degli stessi eredi legittimi, nel caso che questi fossero pure venuti a mancare dopo il detto giorno; i quali soli devono quindi intendersi indicati nell'art. 21 sotto il nome di *eredi presunti*. Ommettendo essi di presentare l'istanza, non potrebbero promuoverla gli altri, che per ordine subalterno, o per grado più remoto di parentela, sarebbero chiamati in mancanza di quelli alla successione legittima dell'assente. Essi pure potrebbero veramente qualificarsi come *successibili* nel senso più lato di questa parola. Ma in presenza di coloro che per ordine e per grado sono preferiti dalla legge, o dei loro successori, non è ai più lontani parenti che possa reputarsi spettante quel diritto di successione, il quale sarebbe già acquisito nell'evento che la morte dell'assente si fosse già verificata. Gli ulteriori chiamati non possono avere che una semplice speranza, verificabile nel caso in cui venisse accertato essere accaduta la morte dell'assente in un tempo nel quale i più prossimi parenti fossero già premorti; e tale speranza non può dar fondamento ad un interesse legale nel senso dell'art. 21 del codice civile.

Nella prima edizione di questo nostro lavoro proponemmo la questione, se per gli effetti del predetto art. 21 si potessero parificare gli eredi testamentari ai presunti eredi legittimi dell'assente. E quantunque non abbiamo ommesso di esporre le ragioni che a nostro avviso potrebbero essere addotte in appoggio dell'opinione affermativa, credemmo di dover concludere all'opposto per la negativa, per le considerazioni seguenti:

1° che trattando della presunzione di assenza il legislatore si è limitato a parlare degli *eredi presunti*, mentre solo per la domanda di dichiarazione dell'assenza ha contemplati tanto *i presunti eredi legittimi* che gli eredi *testamentari*, obbligando anzi questi ad agire in contradditorio di quelli (art. 22, cod. civ.);

2° che gli eredi testamentari *non possono essere legalmente conosciuti* durante il periodo della presunzione di assenza, perchè solamente dopo la dichiarazione di essa si fa luogo all'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente (art. 26, § 1°, cod. civ.);

3° che infatti potrebbero derivare gravi inconvenienti dal rivelare pubblicamente l'ultima volontà di una persona, della quale non fosse ancora che semplicemente presunta l'assenza.

Questi argomenti non parvero decisivi ad uno scrittore, che professò l'opinione contraria facendosi forte dell'autorità del *Laurent*, e citò pure, ma a torto, quella dei signori *Aubry* e *Rau* (1). Questi ultimi dissero infatti che il diritto di provocare i provvedimenti per la presunta assenza appartiene " non solo ai creditori dell'assente, ma ancora ai " suoi *eredi presuntivi* „ (2). È però troppo noto che in diritto francese la parola *eredi* indicava specialmente i soli parenti legittimi del defunto chiamati dalla legge, nell'ordine da essa determinato, a raccogliere in tutto od in parte l'eredità; mentre a coloro ai quali l'eredità fosse devoluta in tutto od in quota parte, o per oggetti determinati, in virtù della volontà dell'uomo legalmente manifestata in testamento, davansi le denominazioni di *legatari universali, legatari a titolo universale, legatari a titolo particolare.*

L'altro autore citato dal Pacifici-Mazzoni sostenne veramente l'opinione da questo preferita, ed eccone gli argomenti:

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Istit.*, 3ª ed., vol. II, n. 98, p. 139, nª 1.
(2) V. Aubry e Rau, t. II, § 149, nª 4.

“ Se gli eredi presuntivi sono parti interessate, lo sono
“ pure i legatari. Si obbietta la disposizione dell'art. 123
“ (26, cod. italiano), a termini del quale il testamento non
“ è aperto che dopo la dichiarazione di assenza. È certo
“ che i legatari non potrebbero domandare l'apertura d'un
“ testamento che non fosse nelle loro mani. Ma se essi lo
“ posseggono, perchè non potrebbero produrlo? „ (1).

Questo stesso argomento ripetè il Pacifici-Mazzoni, aggiungendo — per ciò che riguarda il testo del codice nostro — che “ l'essere nominati nell'art. 22 gli eredi testa-
“ mentari, non esclude che questi siano persone interes-
“ sate, e che come tali non possano comprendersi sotto la
“ voce generica d'interessati dell'art. 21 „.

Se in questo articolo non si fosse parlato che degl'*interessati* in genere — come aveva fatto nell'art. 112 il codice francese — quest'ultima osservazione del Pacifici-Mazzoni avrebbe potuto avere qualche valore. Ma il legislatore italiano ha contemplati gli *eredi* distintamente dagli altri *interessati*; e per ciò che riguarda le istanze pei provvedimenti relativi all'assenza presunta, ha indicati nell'art. 21 come aventi diritto di presentarle i soli *eredi presunti*; mentre in materia di dichiarazione d'assenza ha menzionati espressamente nell'art. 22 tanto i presunti eredi legittimi che i testamentari. Non crediamo perciò che il confronto tra queste due disposizioni immediatamente vicine sia tanto indifferente, come all'egregio contradditore è apparso, nella questione di cui si tratta. Ma poi questo mezzo d'interpretazione, desunto dalle parole della legge, sarebbe confortato, nell'opinione nostra, dall'altro ben più efficace, che si dedurrebbe dallo spirito della legge stessa, dalla intenzione del legislatore. È indubitabile aver egli voluto impedire che senza il consentimento d'un testatore, finchè non sia accertata la morte di lui, o non ne sia *dichiarata* l'assenza, si renda nota l'ultima sua volontà. Lo

(1) V. Laurent, t. II, n. 139, p. 175-176.

dimostra l'articolo 913 del codice di procedura civile; in cui, dopo avere stabilito l'obbligo dei depositari d'atti pubblici di rilasciarne, a richiesta di chiunque, le copie autentiche, si dichiara però che: " La copia d'un testamento " pubblico non può essere spedita durante la vita del testa- " tore, salvo a sua richiesta, della quale si fa menzione " nella copia „. Lo conferma l'art. 59 della legge 25 maggio 1879, n. 4900, serie 2ª, sul riordinamento del notariato, ove è detto che il notaro " non può permettere l'ispezione, " nè la lettura, nè dar copia degli atti d'ultima volontà, " o rilasciarne estratti o certificati durante la vita del " testatore, se non al testatore medesimo, od a persona " munita di speciale mandato in forma autentica „. Lo riaffermano ancora, quanto ai testamenti olografi o segreti, le disposizioni degli art. 912-915 del codice civile, secondo le quali il testamento olografo dev'essere depositato presso un notaio del luogo in cui si è aperta la successione, e non si può eseguire l'apertura e pubblicazione dello stesso testamento olografo, se fu presentato sigillato, o del testamento segreto, se non è pure prodotto l'estratto dell'atto di morte del testatore, estratto che dev' essere unito al processo verbale. Non v'è altra eccezione a queste regole fuorchè nel caso in cui sia stata pronunciata la *dichiarazione di assenza del testatore;* nel qual caso il provvedimento emanato dal tribunale, in conformità dell'art. 26 del codice civile, tiene luogo dell'atto di morte per l'effetto dell'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente; ma nessuna eccezione simile è fatta legge relativamente al caso di semplice *presunzione di assenza.* Perciò avevamo detto noi che gli eredi testamentari del presunto assente *non potrebbero essere legalmente conosciuti,* quand'anche lo fossero di fatto; inquantochè del testamento, che non può essere stato ancora legalmente aperto e pubblicato, non potrebb'essere tenuto conto dal tribunale per l'ammissione delle istanze che fossero presentate dagli eredi testamentari invocando l'art. 21 del codice civile, senza contraddire

manifestamente allo spirito della legge, che per gravi motivi riguardanti la tranquillità delle famiglie, vietò che si facessero conoscere gli atti d'ultima volontà dei testatori prima che fosse autenticamente accertata la loro morte, salvo l'unico caso che l'assenza fosse stata formalmente dichiarata in seguito alle indagini, all'adempimento delle formalità, ed al trascorrimento dei termini all'uopo prescritti con scrupoloso rigore dalla legge stessa.

Il *Laurent* chiedeva: perchè gli eredi istituiti in testamento, qualora lo possedessero, non potessero produrlo? La domanda si riferiva evidentemente al solo testamento olografo; poichè del testamento pubblico o segreto, lo stesso autore riconosceva non potersi certamente chiedere l'apertura durante l'assenza presunta del testatore. A quella domanda però rispondono in modo chiaro e sicuro le nostre leggi. Quand'anche gli eredi istituiti dal presunto assente possedessero il testamento, non potrebbero produrlo utilmente; perchè il tribunale non potrebbe tenerne conto all'effetto di ammettere l'istanza di quegli eredi, essendo vietata dalla legge la notizia pubblica di esso testamento finchè non sia accertata la morte del testatore, o non ne sia dichiarata l'assenza colle forme di legge. Il *Pacifici-Mazzoni* si spingeva più oltre, dicendo che " *può essere legal-* " *mente notissimo un testamento pubblico*, o un testamento " olografo „; ma dimenticava che per provare la loro qualità di eredi in virtù d'un testamento pubblico, i chiedenti dovrebbero produrre davanti al tribunale la copia autentica delle disposizioni testamentarie, la qual copia non può essere rilasciata finchè non sia accertata la morte del testatore, o finchè l'assenza di lui è soltanto presunta.

144. — Un altro punto fu risoluto espressamente dal nostro codice, che formava oggetto di contestazione sotto il codice francese. Questo limitavasi nell'art. 114 a dichiarare che il Ministero pubblico era " specialmente

incaricato di vegliare agli interessi delle persone presunte assenti „.

Da tale disposizione il maggior numero degli scrittori argomentava che, come mezzo necessario all'efficacia della sorveglianza, che la legge attribuiva al Ministero pubblico, dovesse intendersi concesso a lui anche il diritto di agire d'ufficio nell'interesse dell'assente, provocando per esso l'applicazione di tutte le misure opportune, non altrimenti che avrebbe potuto fare qualunque persona avente interesse, e per supplire appunto alla mancanza di tali istanze da parte di privati interessati.

Ma non mancava chi avvisasse in contrario, appoggiandosi al principio che il Ministero pubblico non può agire d'ufficio in materia civile fuorchè nei casi espressamente dichiarati dalla legge, ed osservando che questa espressa dichiarazione non si riscontrava in materia di assenza presunta.

Nel nostro codice fu seguita di preferenza l'opinione accetta al maggior numero dei giureconsulti francesi; e si decise espressamente potere il Ministero pubblico, al pari degl'interessati e dei presunti eredi, fare diretta istanza pei provvedimenti che l'art. 21 ammette pel presunto assente. La qual massima è certamente favorevole all'assente medesimo, a cui assicura una protezione efficace, prevenendo il caso che manchino interessati e presunti eredi, i quali, trovandosi in luogo e conoscendo i bisogni del patrimonio dell'assente, curino di promuovere i provvedimenti convenienti. Ciò inoltre giova a far sì che anche le persone le quali non abbiano qualità per fare istanze formali all'autorità giudiziaria, ma s'interessino per l'assente, abbiano aperta una via per giovargli, recando le cose a cognizione del Ministero pubblico, il quale promuoverebbe quelle misure che riconoscesse necessarie.

Qualche autore francese aveva spinta l'applicazione di questi principii, per sè giustissimi, fino a ritenere che “ il “ pubblico Ministero avesse qualità sufficiente per *eserci-*

“ *tare direttamente le azioni competenti al presunto assente,*
“ *e per contraddire alle domande formate contro di lui* „ (1).
Ma questa opinione che da altri fu giustamente tacciata di esagerazione (2) ed era stata poi ritrattata da quello stesso autore che prima l'aveva professata, non sembra neppure discutibile sotto il nostro codice, che nell'art. 21 dichiara espressamente dover l'assente essere *rappresentato in giudizio da persona da nominarsi dal tribunale*, sulla istanza degl'interessati, o dei presunti eredi, o del Ministero pubblico.

Siccome non è dichiarato dalla legge nell'art. 21, che fra le tre classi di persone ivi indicate, l'una di esse sia autorizzata solo in mancanza dell'altra a fare istanza pei provvedimenti occasionati dalla presunta assenza, così tutte indistintamente quelle persone ne hanno facoltà; e gli eredi presunti possono invocare quei provvedimenti quand'anche vi siano altre persone aventi un interesse legittimo ed attuale a promuoverli, e non lo facciano; come lo può il Ministero pubblico, non ostante il silenzio degl'interessati e dei presunti eredi.

145. — In ordine alla competenza dell'autorità giudiziaria chiamata ad ordinare i provvedimenti occorrenti pel presunto assente, il codice francese l'attribuiva bensì espressamente nell'art. 112 al *tribunale di prima istanza*, ma non esprimeva di quale fra tali tribunali dovesse intendersi, se di quello dell'ultimo domicilio del presunto assente, o di quello della situazione dei beni alla cui conservazione si trattasse di provvedere.

La dottrina si accordava nel ritenere in massima la competenza del tribunale del luogo d'ultimo domicilio, trattandosi di materia concernente una modalità dello stato personale dell'assente.

Ma la questione diveniva più grave, e nascevane disac-

(1) V. Duranton, t. I, n. 398.
(2) V. Demolombe, t. II, n. 30.

cordo, quando trattavasi di decidere se quella competenza fosse *esclusiva*, o se invece potesse talvolta ricorrersi anche al tribunale del luogo ove si trovassero situati i beni.

Una parte degli autori francesi distingueva la *constatazione della presunta assenza dall'ordinazione dei provvedimenti relativi al patrimonio dell'assente;* per la prima ritenendo sempre ed esclusivamente la competenza del tribunale del luogo di ultimo domicilio, per la seconda invece ammettendo la competenza dei tribunali dei luoghi di situazione dei beni (1). Era questo il sistema ch'era stato suggerito dal Consiglio di Stato, nè si può disconoscere che in diritto costituendo sarebbe forse il più razionale; ma la legge non lo aveva consacrato, e lasciava insoluta la questione.

Altri seguivano vie diverse, ma senza ammettere che alla determinazione dei provvedimenti dovesse premettersi il riconoscimento, per sentenza, della presunzione di assenza; il che infatti sarebbe stato discordante assolutamente dal sistema della legislazione francese, la quale, come la nostra, stabiliva essa stessa quella presunzione sulla base dei fatti costituenti la incertezza della esistenza dell'assente, senz'alcun bisogno che ne venisse emessa una formale ed apposita dichiarazione giudiziale.

Alcuni pertanto attribuivano in massima al solo tribunale del domicilio la competenza, non tanto per riconoscere il fatto della presunta assenza, quanto ancora per determinare le misure da prendersi relativamente ai beni, ancorchè situati nella giurisdizione di altro tribunale. Tuttavia ammettevano, in via di eccezione, che quando, a cagione della lontana situazione di quei beni, il tribunale del luogo d'ultimo domicilio non potesse determinare con bastante cognizione di causa la natura delle provvidenze da adottarsi, *potesse rinviare per l'esecuzione al tribunale della situazione* (2).

---

(1) V. Toullier, t. I, n. 390; Proudhon, t. I, chap. X, sect. 1, § 3; Marcadé, art. 112, § 5, t. 1, n. 342.

(2) V. Delvincourt, t. I, n. 7; Duranton, t. I, n. 404.

Altri riconoscendo ugualmente che la competenza spettasse di regola al tribunale del luogo d'ultimo domicilio dell'assente, quand'anche i beni a cui si trattasse di provvedere fossero situati in altra giurisdizione, ammettevano però che eccezionalmente, in casi di urgenza, o quando non si trattasse che di esecuzione di ordinanze già emesse dal tribunale del domicilio, si potesse ricorrere anche al tribunale del luogo di situazione dei beni (1). Secondo un'ultima opinione " non essendovi disposizione espressa " di legge, si sarebbero dovuti ritenere ugualmente com- " petenti tanto il tribunale del luogo d'ultimo domicilio " dell'assente, che quelli della situazione dei beni „ (2).

Nel nostro codice si troncarono tutte queste questioni, e fu espressamente e completamente determinata la competenza, attribuendola al *tribunale civile dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza dell'assente* (art. 21, cod. civ.).

E di questa regola è facile rendersi ragione in ogni sua parte, osservando che si versa qui in materia attinente allo *stato personale*, e riguardante in qualche modo una modalità dello stato medesimo. Oltre di che, da una parte, si tratta di disposizioni importantissime per la stessa loro intrinseca natura, facendosi luogo per esse ad una eccezionale ingerenza negli affari privati di una persona, che non sarebbe veramente incapace; ond'era naturale che solo ai tribunali civili, non a giudici inferiori fosse data facoltà di emanarle. E d'altra parte, fra i diversi tribunali, era quello del domicilio che poteva essere meglio a portata di conoscere ed apprezzare le circostanze di fatto concernenti la presunta assenza, e i bisogni che possono derivarne. L'attribuire la competenza ai diversi tribunali dei luoghi ove fossero situati i beni, a cui si trattasse di provvedere particolarmente, avrebbe inoltre prodotto l'inconveniente di dar luogo ad una deplorabile contrarietà di decisioni, e

---

(1) Duvergier *sur Toullier*, t. I, n. 390; Zachariae, § 149, n. 4; Demolombe, t. II, n. 20; Aubry e Rau, t. I, 1, § 149, n. 3.

(2) V. Laurent, t. II, n. 136.

perfino talvolta di rendere possibile che in una lontana giurisdizione si disponesse ritenendo l'assenza di una persona, la quale fosse veramente presente nel luogo di suo domicilio.

La competenza del tribunale è determinata in primo luogo dall'*ultimo domicilio* dell'assente, ed è soltanto *in difetto di domicilio conosciuto* che si prende in considerazione l'*ultima residenza* di lui.

146. — Dopo le cose fin qui esposte, non parrebbe dubbio che la competenza, così espressamente determinata nell'art. 21 del nostro codice, fosse necessariamente *esclusiva;* talchè per nessun motivo potesse esservi derogato, ricorrendo invece ai tribunali dei luoghi di situazione dei singoli beni.

Tale opinione, da noi professata anche nella prima edizione di questo lavoro, fu da altri contestata come “ troppo “ rigorosa, perchè se la legge ha determinato il tribunale “ competente per dare i provvedimenti ordinari, non ha “ però escluso che si possa ricorrere ad altro tribunale ove “ urgente necessità lo richiegga. Così, se l'assente aveva “ il domicilio a Palermo, e possegga beni in Roma, sarà “ indeclinabilmente necessario di ricorrere all' autorità “ giudiziaria di Palermo per prendere in Roma urgenti “ provvedimenti contro il pericolo e le conseguenze di “ un'inondazione ? „ (1).

A queste obbiezioni potremmo rispondere col semplice ricordo d'un principio fondamentale; che cioè la legge sola regola tutto ciò che concerne la competenza, e quando essa l'ha chiaramente determinata, non è lecito all'interprete di stabilirne una diversa, fondandosi sopra argomenti quali che siano, per quanto gravi, per quanto approvabili in diritto costituendo. Gli scrittori francesi, alla cui autorità l'egregio contradditore si appoggiava, e che già citammo superiormente, opinavano, è vero, che sebbene di

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Istit.*, 3ª ed., v. II, n. 97, p. 138, nª 1.

regola fosse da reputarsi competente a dare i provvedimenti per la presunta assenza il tribunale di prima istanza dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza dell'assente, qualora il domicilio fosse ignoto, pur tuttavia in casi d'urgenza, o quando non si trattasse che della esecuzione di disposizioni ordinate dal tribunale predetto, si potesse anche rivolgersi al tribunale del luogo dove si trovassero situati i beni, pei quali fosse necessario dare provvedimenti d'amministrazione. Ma di questa eccezione, che facevano alla regola generale da essi pure ammessa, quegli autori davano per ragione “ che al postutto *nessun testo positivo del* “ *codice Napoleone stabiliva in modo assoluto la competenza* “ *del tribunale* „ a cui fossero da chiedersi provvedimenti pel presunto assente (1). Ora, il codice italiano opportunamente ha voluto prevenire ogni questione dichiarando espressamente che la competenza spetta “ *al tribunale civile* “ *dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza dell'assente* „. Com'è possibile, a fronte di questa disposizione precisa, generale e assoluta, attribuire invece per certi casi la competenza ai tribunali dei vari luoghi nei quali si trovino situati i beni, alla cui conservazione si tratti di provvedere? Sarebbe una strana teoria quella accennata dall'egregio contradditore, che bastasse *il non essere escluso* dal testo della legge di poter ricorrere ad altri tribunali, perchè fosse lecito evitare quello che la legge stessa ha determinato come competente. Ciò equivarrebbe a dirittura al pieno sovvertimento delle regole di competenza. Nè vale il dire che si tratta di fare eccezione alla competenza ordinaria stabilita dalla legge, pei *soli casi di urgenza;* perchè questi sono anzi i più ordinari a verificarsi in materia di presunta assenza, la quale non dà luogo che ai *provvedimenti necessari per la conservazione* del patrimonio, ed il più spesso è un provvedimento, senza il quale un bene perirebbe o si deteriorerebbe, ed è quindi anche *urgente.*

---

(1) V. Demolombe, t. II, n. 20; Aubry e Rau, t. I, § 149, n° 3.

Il legislatore italiano ordinò doversi ricorrere al tribunale dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza dell'assente, perchè ivi è più agevole l'accertamento delle circostanze relative alla presunta assenza; perchè in altri e lontani luoghi, dove si trovassero beni della persona che si asserisce essere assente, sarebbero più facili le sorprese e le indebite ingerenze negli affari altrui; perchè si potrebbe dar luogo a decisioni contradditorie di tribunali diversi. Questi intenti della legge verrebbero facilmente elusi col pretesto dell'urgenza. Gl'inconvenienti che si contrappongono non possono essere molto gravi coll'odierna facilità di comunicazioni, e in ogni caso al legislatore, non all'interprete, spetterebbe di ripararvi.

147. — Dai principii, che accennammo nelle nozioni generali premesse a questo titolo, risulta abbastanza come il carattere comune dei provvedimenti ammessi dalla legge pel primo periodo, della presunzione di assenza, consista nell'essere essi meramente conservativi del patrimonio lasciato dall'assente; diretti cioè a preservare i beni e i diritti formanti parte di tale patrimonio da ogni perdita, da ogni deteriorazione (1). La sola *necessità*, per evitare perdite e danni nella sostanza dell'assente, può giustificare l'intromissione negli affari privati di lui d'una gestione estranea; ed entro i limiti di tale necessità devono quindi contenersi sempre quei provvedimenti speciali, che in ciascun caso particolare possono essere decretati dall'autorità giudiziaria.

" La semplice utilità — fu giustamente osservato — " non potrebbe bastare. Il tribunale non è chiamato ad " aumentare il patrimonio dell'assente, ma solo a conser- " varlo. Vi è pure un motivo d'ordine pubblico, che gli " impone di usare il più grande riserbo. Le nostre antiche " consuetudini dicono che ognuno è re nella propria casa.

---

(1) V. sopra, n. 129-135, p. 408-457.

“ I magistrati debbono rispettare questo sacro asilo, e non
“ penetrarvi se non quando lo esiga un'assoluta neces-
“ sità „ (1).

Conforme a questi concetti è la disposizione dell'art. 21 del nostro codice, in cui è data facoltà nel tribunale di “ nominare chi rappresenti l'assente in giudizio, o nella “ formazione degl'inventari e dei conti, e nelle liquidazioni “ e divisioni in cui egli sia interessato, e dare gli altri “ provvedimenti *necessari* alla conservazione del suo patri- “ monio „.

Qualche interprete ha voluto spiegare queste parole della legge dicendo che “ l'autorità giudiziaria ha il potere “ di dare i provvedimenti necessari, cioè intesi alla con- “ servazione del patrimonio dell'assente, e non di provve- “ dere allora solo che vi abbia necessità „ (2). Ma una tale interpretazione ci sembra contradditoria nei suoi termini stessi. Se la legge non attribuisce all'autorità giudiziaria altro potere che dei *provvedimenti necessari*, com'è ammissibile che si possa *provvedere quand'anche non ve ne sia necessità?* Ed a questa si riferisce pure certamente la legge quando parla del rappresentante da nominarsi all'assente per stare in giudizio, per prendere parte alla formazione d'inventari e di conti, per le liquidazioni e divisioni in cui egli sia interessato. La necessità di dargli un rappresentante in questi casi riguarderà il più spesso l'interesse dell'assente medesimo; qualche volta potrà pure riguardare l'interesse dei terzi; ma in ogni caso solo la necessità per evitare un danno può giustificare che durante l'assenza semplicemente presunta, si ponga mano negli affari d'una persona della cui esistenza sorge dubbio, ma che, se vive ancora, gode di piena capacità, ed ha quindi diritto che sia lasciata a lei sola la cura dei propri interessi.

A questo concetto della necessità si è pure conformato

---

(1) V. Laurent, t. II, n. 140.
(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Istit.*, 3ª ed., v. II, n. 97, p. 137, nª 3.

il legislatore nella disposizione del secondo paragrafo dello stesso articolo 21, ove ha dichiarato che “ se v'è un pro- “ curatore, il tribunale provvederà soltanto per gli atti che “ non potessero farsi dal procuratore in forza del mandato “ o della legge „.

Se, infatti, l'assente ha lasciato un procuratore con facoltà sufficienti per rappresentarlo negli atti in cui sia interessato e per amministrarne i beni, è chiaro non potervi essere necessità che la giustizia si occupi di questa gestione, a cui l'assente ha provveduto abbastanza egli stesso. Ciò non impedirà che, dopo trascorso il tempo di sei anni continui di assenza presunta, — doppio di quello che basta se l'assente non abbia lasciato procuratore per amministrare (art. 22, cod. civ.) — si faccia luogo, in favore dei presunti eredi legittimi, o degli eredi testamentari, o di chiunque abbia sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla morte di lui, ad invocare la dichiarazione d'assenza, e conseguentemente alla immissione degli eredi predetti nel possesso temporaneo dei beni, ed all'esercizio pure temporaneo delle ragioni dipendenti dalla morte dell'assente (art. 26, cod. civ.). Ma nello stadio dell'assenza semplicemente presunta, e quando l'assente abbia lasciato un procuratore con facoltà sufficienti per rappresentarlo ed amministrare, non può esservi alcuna *necessità*, nè quindi ammissibilità, di provvedimenti giudiziali quali che siano.

È chiaro però come tutto questo non possa dirsi con verità se non pel caso in cui, non solo l'assente abbia lasciata una procura la quale, pei termini in cui sia concepita, basti ad autorizzare il procuratore a rappresentare il mandante, ed agire per lui in tutto quanto possa essere necessario nel suo interesse, ma quella procura abbia avuto e continui ad avere la sua efficacia legale. Altrimenti sarebbe in effetto come se la procura non esistesse, e si riprodurrebbe il bisogno dei provvedimenti da emanarsi dall'autorità giudiziaria, la quale avrebbe quindi piena facoltà di ordinarli, secondo lo spirito manifesto della

disposizione dell'art. 21, cod. civ. — Così sarebbe se il procuratore non avesse accettato nè espressamente nè tacitamente il mandato (art. 1737, 1738, cod. civ.), o se dopo averlo accettato avvenisse per qualunque causa la estinzione del mandato medesimo (1757 e seg., cod. civ.). Lo stesso sarebbe eziandio quando il procuratore abusasse del mandato, o lo esercitasse in modo da pregiudicare all'interesse dell'assente; nel qual caso la dottrina ammette che l'autorità giudiziaria potrebbe considerare come non esistente il mandato, non essendo esso eseguito secondo la volontà del mandante, e in conformità degli obblighi del procuratore (1).

Non importa che la procura sia *generale per amministrare* o sia *speciale* per certi atti soltanto. Quando, sì nell'uno che nell'altro caso, il mandato conferisca al procuratore facoltà sufficienti per agire in nome dell'assente relativamente a quei determinati affari pei quali è necessaria la rappresentanza dell'assente stesso e l'amministrazione per lui, ciò basta perchè non sia caso di altri provvedimenti da emanarsi dall'autorità giudiziaria. Solamente quando vi fosse bensì un mandato, o generale o speciale, ma si trattasse di atti che il procuratore non potrebbe fare, sia secondo i termini del mandato stesso, sia secondo le disposizioni della legge (art. 1740, 1741, cod. civ.), l'autorità giudiziaria dovrebbe provvedere per quegli atti che al procuratore sarebbero interdetti (art. 21, § 2, cod. civ.). E potrebbe provvedere estendendo anche a tali atti i poteri del procuratore costituito dall'assente medesimo — il che sarebbe anzi più naturale ed opportuno nella generalità dei casi — ma potrebbe pure, a suo prudente criterio, e secondo che le circostanze consigliassero, delegare altra persona per rappresentare l'assente in tali atti.

Qualora l'assente non abbia lasciato un procuratore legalmente costituito, ma in fatto sia bastantemente prov-

---

(1) V. Zachariæ, Aubry e Rau, t. I, § 149, nª 1; Demolombe, t. II, n. 33.

veduto agli interessi del patrimonio da lui lasciato, essendone curata la conservazione da parenti od amici, potrà ciò dar luogo a respingere l'istanza che sia fatta al tribunale a' termini dell'art. 21 del codice civile? È una questione che esaminammo altra volta; e ci parve di poterla risolvere in senso affermativo.

Se la famiglia dell'assente, se persone sue amiche provvedano già all'amministrazione dei beni di lui ed a trattarne gli affari, in modo che le sostanze patrimoniali non corrano verun rischio di perdita o di deteriorazione, non sarà il caso di doversi dare dall'autorità giudiziaria altri provvedimenti, i quali potrebbero portare un'odiosa ingerenza nel segreto degli interessi delle famiglie (1).

Ma se al contrario, essendovi pure taluno che agisca come gestore d'affari per l'assente, l'autorità giudiziaria riconosca però che tale gestione non protegga convenientemente gl'interessi patrimoniali dell'assente, o non si possa o non si voglia provvedere con essa a certi affari, in cui tali interessi siano impegnati, potrà determinare quelle misure che stimi opportune.

Tutto insomma, anche in questo particolare, si riduce alla retta applicazione del principio fondamentale, espressamente consacrato nell'art. 21 del codice civile, che la missione dell'autorità giudiziaria deve limitarsi a quei soli provvedimenti che siano necessari per la conservazione del patrimonio lasciato dall'assente.

Queste idee, che ci sembravano abbastanza chiare e sicure, furono però contraddette. Ci fu opposto che “ un
“ gestore di negozi, quand'anche parente od amico dell'as-
“ sente, non può essere equiparato ad un suo rappresen-
“ tante legale o convenzionale; ch'egli non ha la qualità
“ per fare quanto un curatore speciale nominato all'assente
“ dall'autorità giudiziaria; che il gestore può non godere
“ la fiducia delle persone interessate alla conservazione del

---

(1) V. Marcadé, t. I, art. 112, § 2, n. 339.

“ patrimonio dell'assente, che in fine l'*autorità giudiziaria*
“ *ha il potere di dare i provvedimenti necessari, cioè intesi*
“ *alla conservazione del patrimonio dell'assente, e non di*
“ *provvedere allora solo che v'abbia necessità* „ (1). Di quest'ultima proposizione abbiam parlato superiormente, e crediamo di averne dimostrato con bastante evidenza l'errore. Quanto al non essere da equiparare completamente ad un mandatario legale o convenzionale il semplice gestore d'affari, non potremmo certo disconvenirne, e riconosciamo pure di aver formulata la questione in modo meno esatto, allorchè nell'edizione precedente la ponemmo domandando “ se possa essere equivalente ad un mandato
“ espressamente conferito dall'assente la gestione degli af-
“ fari di lui, che taluno abbia assunto volontariamente „.
Se non che la questione non consiste in ciò; ma piuttosto nello stabilire se sia vera la conclusione, a cui giunge il nostro contradditore, che nei casi supposti “ quando gl'in-
“ teressati, o gli eredi presuntivi, o il pubblico Ministero
“ domandano all'autorità giudiziaria che provveda, questa
“ *non possa che accogliere la domanda* „ o sia vera invece l'affermazione nostra, che spetti all'autorità giudiziaria il riconoscere, secondo le circostanze dei casi, se colla gestione degli affari dell'assente esercitata da parenti od amici, siano protetti abbastanza gl'interessi di lui ed assicurata la conservazione del patrimonio; perchè in tal caso non verificandosi la necessità di dare altri provvedimenti, l'emanarne non sarebbe conforme allo spirito della legge, la quale non volle dar luogo ad ingerenze estranee nell'amministrazione dei beni dell'assente, se non in quanto ciò si renda indispensabile per guarentirne gl'interessi.

In tale aspetto non ci par dubbio che l'opinione da noi professata debba prevalere. “ Ma chi ha il diritto di pro-
“ muovere i provvedimenti — domandava il Pacifici-Maz-
“ zoni — dovrà arrestarsi davanti ad un gestore? „ Certo

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Istit.*, 3ª ed., v. II, n. 97, p. 137, nª 1.

che no; nè noi abbiamo sostenuto che in tal caso l'istanza degli interessati sia *irrecivibile*. Altro è però che *debba indispensabilmente essere accolta*, senza che il tribunale abbia ad esaminare se essendovi chi esercita convenientemente la gestione degli affari dell'assente, sia nondimeno necessario nominare altri che lo rappresenti, o provvedere in diversa maniera alla conservazione del patrimonio di lui. È questa sola facoltà di apprezzamento, che noi intendiamo doversi riservare al tribunale; nè in ciò crediamo di allontanarci dallo spirito della legge rettamente interpretata.

L'assente, per esempio, ha lasciato il padre, o figli maggiorenni, o fratelli che sono forse con lui in comunione di beni; e costoro durante l'assenza del loro congiunto ne curano diligentemente gl'interessi, e provvedono a quanto occorre per la conservazione del suo patrimonio. E nondimeno, se un terzo interessato qualunque, un creditore per esempio, farà istanza al tribunale perchè siano emanati provvedimenti di presunta assenza, la loro istanza *dovrà essere necessariamente accolta?* Così sarebbe secondo l'opinione contraria alla nostra. A noi sembra invece, che se il tribunale riconosca non essere necessario alcun provvedimento per la conservazione del patrimonio dell'assente, perchè questa sia abbastanza guarentita dalla gestione esercitata da quei parenti dell'assente, l'*istanza potrà essere respinta*. E in ciò crediamo di trovare saldo appoggio, non solo nella lettera della legge, che parla di *provvedimenti che siano necessari alla conservazione del patrimonio dell'assente*, ma ancora nello spirito della legge stessa, intenta a rimuovere ogni indiscreta ingerenza negli affari altrui, ed ammettente quindi i provvedimenti di cui all'articolo 21 nei soli casi di necessità, per evitare dispersioni o deteriorazioni delle sostanze patrimoniali.

148. — Le misure che possono essere ordinate nell'interesse dell'assente sono molteplici quanto possono essere varie le circostanze speciali che le rendano necessarie.

Nè quindi sarebbe stato possibile al legislatore il prevederle e determinarle particolarmente. Tutto ciò che potevasi fare, era di rimettersi alla coscienza ed alla saggezza dei magistrati, lasciando loro le più ampie facoltà; salvo solo ch'essi debbano rispettare i principii fondamentali di questa materia; che cioè non diano provvedimenti i quali non siano principalmente diretti a proteggere gl'interessi patrimoniali dell'assente; che quei provvedimenti siano ristretti entro i limiti della necessità, e tendano unicamente a *conservare il patrimonio dell'assente*, a mantenerlo in questo primo periodo dell'assenza puramente e semplicemente nello stato in cui l'assente medesimo lo ha lasciato, senza cangiare tale stato dei beni, senza imporre all'assente nuovi carichi, nuove obbligazioni verso terze persone.

L'articolo 21 del nostro codice distingue però opportunamente i due principali oggetti sui quali i provvedimenti da ordinarsi possono versare, cioè 1° la rappresentanza dell'assente negli atti giudiziali o estragiudiziali che possano occorrere per lui, 2° gli altri provvedimenti tutti che possano essere necessari alla conservazione del suo patrimonio.

Quanto al primo di questi oggetti, l'articolo predetto enumera espressamente alcuni casi in cui può accadere la necessità di nominare chi rappresenti l'assente; o sia nei giudizi, nei quali interessi a lui di rendersi attore, o in cui sia convenuto da altri; o sia nella formazione d'inventari o di rendiconti; o sia nelle liquidazioni o divisioni in cui egli sia interessato.

Ma questa enumerazione, naturalmente, è solo *dimostrativa*, nè esclude altri casi possibili; come sarebbe quando fosse necessario nominare un rappresentante dell'assente affinchè facesse in nome di lui atti interruttivi di prescrizioni estintive od acquisitive, affinchè rinnovasse una iscrizione ipotecaria prossima a cessare di effetto, affinchè accettasse con benefizio d'inventario una eredità devoluta all'assente prima che l'assenza presunta di lui si verificasse,

affinchè rinnovasse contratti d'affitto di cui fosse vicino il termine, ecc.

Quanto poi al secondo oggetto, le espressioni usate nel detto articolo 21 sono tanto generali quanto consigliava la condizione naturale delle cose, per la quale sarebbe stato inutile affatto lo scendere a particolareggiate dimostrazioni. Trattasi di tutti quei *provvedimenti che siano necessari alla conservazione del patrimonio* dell'assente, e che debbono essere dati direttamente dall'autorità giudiziaria; come sarebbe di ordinare la vendita dei mobili soggetti a facile deteriorazione, o le vendite di beni, le quali fossero inevitabili per estinguere passività urgenti, o per provvedere a riparazioni straordinarie e pressanti d'altri stabili, o di ordinare la vendita o l'affitto di opifizi, di stabilimenti industriali o commerciali, ecc.

Commentando l'art. 112 del codice francese, in cui era detto: " Ogni qualvolta sia necessario di provvedere all'amministrazione di tutti o parte dei beni lasciati da una persona presunta assente, la quale non abbia alcun legittimo procuratore, il tribunale di prima istanza, a richiesta delle parti interessate, darà i relativi provvedimenti „ osservavasi da un autore che i poteri conferibili al curatore, che il tribunale deputasse ad amministrare i beni dell'assente, *non potevano oltrepassare i limiti della semplice amministrazione* (1). E su questo non vi è dubbio. Lo scopo dei provvedimenti, ammessi dalla legge in questo primo periodo dell'assenza, essendo di mera conservazione del patrimonio che l'assente ha lasciato, i poteri da conferirsi a chi sia deputato ad amministrare i beni, non possono estendersi ad atti di disposizione, i quali produrrebbero diminuzione del patrimonio, in luogo di conservarlo. Ciò d'altronde è conforme alla regola comune, che vale per tutti gli amministratori legali dei beni altrui, non essendo ad essi consentite mai facoltà che eccedano la semplice

(1) V. Laurent, t. I, n. 141, p. 180.

amministrazione ordinaria, se non quando siano adempite speciali formalità abilitanti, che la legge stabilisce. Ma d'altra parte tutto questo non autorizza a conchiuderne che un'alienazione di beni del presunto assente non sia mai legalmente possibile. L'articolo 21 del nostro codice autorizza il tribunale a dare in genere *quei provvedimenti che siano necessari alla conservazione del patrimonio dell'assente;* e per conservarne una parte può essere talvolta indispensabile sagrificarne altra parte meno importante. Allo scopo tutelare, che la legge si è proposto per la conservazione del patrimonio dell'assente, non sarebbe conforme, ma opposto, il ritenere assolutamente vietata, durante lo stadio della presunta assenza, ogni alienazione di beni, ancorchè necessaria per evitare la perdita d'altri beni di maggior valore. Così fu ammesso dalla giurisprudenza potersi dall'autorità giudiziaria, a senso dell'art. 21 cod. civ., autorizzare un atto di alienazione anche di beni immobili dell'assente, qualora ciò sia riconosciuto necessario per evitare un danno maggiore ed una diminuzione di patrimonio (1). Ben s'intende, però, che di tale facoltà i tribunali debbono usare con molta circospezione, nè possono autorizzare l'alienazione di beni del presunto assente, se non quando sia veramente manifesta *la necessità* di tale provvedimento, come mezzo ragionevole di conservazione patrimoniale; il che inchiude pure l'*urgenza* dell'alienazione stessa, poichè necessità non vi sarebbe se si potesse differire senza danno, attendendo il possibile ritorno dell'assente.

Dalle cose esposte finora risulta già abbastanza come e perchè siasi lasciato in facoltà dell'autorità giudiziaria di ordinare o negare i provvedimenti che siano stati richiesti nell'interesse dell'assente, secondo che le circostanze ne dimostrino o no la necessità per la conservazione del patrimonio, ed in caso di ammissione regolarli in quei modi

---

(1) V. *Dec. del Trib. di Parma,* 2 marzo 1869; *Ann. di Giur. Ital.* III, 2, 510 e della *Corte d'appello di Modena,* 15 gennaio 1880; *Giurisp. Ital.* XXXII, I, II, p. 549.

che siano stimati più convenienti a prudente consiglio dell'autorità medesima.

Le misure da ordinarsi debbono generalmente essere provvisorie e parziali, essendo transitorio e di breve durata il periodo di assenza pel quale son prese. Sarà quindi di regola a ciascun bisogno speciale, di rappresentare l'assente in un certo atto, o di compiere un determinato affare, che l'autorità giudiziaria provvederà colle sue disposizioni.

Per eccezione però può verificarsi talvolta la necessità di nominare un amministratore, il quale regga con facoltà generali, nei limiti però sempre della semplice amministrazione, il patrimonio dell'assente; come quando la composizione di questo patrimonio fosse tale, facendone parte, per esempio, stabilimenti industriali o commerciali, da riuscire impossibile il provvedere abbastanza con ordinanze speciali ai bisogni d'ogni giorno e d'ogni ora, che possono verificarsi. E in simili casi la nomina di un tale amministratore, non solo non sarebbe interdetta, ma sarebbe anzi conforme alla generalità del testo dell'articolo 21, che ammette qualunque provvedimento possa essere necessario nell'interesse dell'assente, per conservare ed amministrare il patrimonio di lui (1).

149. — Nella nomina di persona che rappresenti l'assente in atti civili giudiziali o estragiudiziali è lasciata all'autorità giudiziaria la più ampia facoltà, non essendo apposta nessuna limitazione in ordine a qualità che siano necessarie o che debbano essere escluse nel rappresentante.

Il codice francese (art. 113) e ad imitazione di esso quello pel regno delle Due Sicilie (art. 119) dicevano doversi deputare *un notajo* per rappresentare il presunto assente nella formazione di inventari, conti, divisioni e liquidazioni in cui egli fosse interessato. Il codice Albertino

(1) V. Demolombe, t. II, n. 36.

(art. 77) diceva invece doversi deputare a tale uopo un *notajo od altra persona idonea.*

Nel codice italiano si è usata la espressione più larga che fosse possibile, dicendo che si può " *nominare chi rap-*
" *presenti l'assente in giudizio o nella formazione degl'inven-*
" *tari e dei conti e nelle liquidazioni e divisioni in cui egli*
" *sia interessato* „.

È dunque all'autorità giudiziaria che spetta il decidersi alla scelta, secondo che consiglino le circostanze del caso, e fra esse anche l'indole degli atti che si tratti di compiere in rappresentanza dell'assente. E potrà essere deputato a ciò tanto un procuratore a liti o un notaio, quanto un privato qualunque, e fra i privati anche lo stesso erede presuntivo dell'assente, a cui più tardi spetterà il diritto di chiedere la dichiarazione di assenza e la immissione nel possesso dei beni.

La legge non dichiara espressamente se le funzioni deferite dall'autorità giudiziaria per la rappresentanza dell'assente siano, o no, obbligatorie e gratuite. Sembra però che, trattandosi di un mandato conferito a nome della legge, e per necessità di provvedere agl'interessi di persona che è paragonata ad un incapace, non possa esser lecito di rifiutarvisi, salvo che per giuste ragioni da apprezzarsi dall'autorità stessa dalla quale è stata fatta la nomina. E sembra pure che non essendo stabilito dalla legge che tali funzioni siano retribuite, debbano esse di regola ritenersi gratuite: senza che, per altro, sia vietato al tribunale di poter ordinare, secondo la particolarità delle circostanze, che vengano ricompensate a carico del patrimonio dell'assente.

L'autorità giudiziaria determinerà con precisione i limiti del mandato che conferisce al rappresentante od amministratore, il quale, dal canto suo, non potrebbe mai eccedere negli atti che compisse i poteri tassativamente attribuitigli.

Entro i limiti del suo mandato egli rappresenterà validamente e completamente l'assente.

Per conseguenza l'assente stesso sarà tenuto personalmente, e sotto la garanzia di tutto il suo patrimonio, ad eseguire le obbligazioni che il suo rappresentante abbia contratte secondo le facoltà dategli dall'autorità giudiziaria; a rimborsare al rappresentante medesimo le anticipazioni e spese che abbia fatte per l'esecuzione dell'incarico; e in generale a tutto ciò a cui sarebbe obbligato se si trattasse di mandato che da lui medesimo fosse stato conferito (articoli 1752 al 1755, cod. civ.). I terzi non potrebbero mai impugnare, come inopportune, le facoltà concesse dall'autorità competente e in forma regolare al rappresentante od amministratore; i debitori non potrebbero sotto nessun pretesto esimersi dal fare i pagamenti a chi è legittimamente delegato a riceverli, come rappresentante l'assente; le sentenze pronunciate in contradditorio del rappresentante farebbero sempre stato tanto in favore dell'assente quanto contro di lui.

SEZIONE II.

DELLA DICHIARAZIONE DI ASSENZA.

Sommario. — 150. Principii generali intorno alla dichiarazione di assenza. — 151. Requisiti necessari affinchè sia ammissibile la domanda di dichiarazione d'assenza; primo tra i quali la preesistenza dell'assenza presunta. — 152. Tempo pel quale deve aver durata la presunta assenza, per dar luogo alla dichiarazione giudiziale. — 153. Se e quale influenza possano avere la qualità e il tempo di costituzione e di durata della procura ad amministrare, sull'essere necessario un triennio od un sessennio d'assenza presunta, per dar luogo alla dichiarazione giudiziale. — 154. Se sia necessario che il mandato lasciato dall'assente sia stato accettato e sia effettivamente ed attualmente esercitato dal mandatario, affinchè l'ammissibilità della domanda in dichiarazione d'assenza rimanga subordinata al decorso del più lungo tempo stabilito dalla legge. — 155. Se essendo presunta assente una persona soggetta a patria podestà od a tutela, sia questa da considerarsi come equivalente ad una procura per amministrare lasciata dall'assente a senso dell'art. 22 del codice civile. — 156. Continuità che richiedesi nell'assenza presunta per dar luogo, dopo il tempo stabilito dalla legge, alla dichiarazione giudiziale. — 157. Quali persone possono promuovere la dichiarazione d'assenza. — 158. In quali casi la domanda per dichiarazione d'assenza

debba essere proposta in contraddittorio d'altre persone. — 159. Come si determini la competenza del tribunale a cui si può ricorrere per la dichiarazione di assenza. — 160. Forme da osservarsi nel procedimento per la dichiarazione di assenza. — 161. Principii generali intorno agli effetti della dichiarazione d'assenza. Da qual tempo essi comincino. — 162. Ad istanza di quali persone e da quale autorità possa essere ordinata l'apertura degli atti d'ultima volontà, che l'assente abbia lasciati.

150. — La *dichiarazione di assenza* è il secondo degli stadi in cui già vedemmo essere distinti dalla legislazione nostra gli ordinamenti relativi agli assenti. E dimostrammo pure come questo solo sia veramente il periodo che succede a quello della *presunzione di assenza*; mentre le immissioni in possesso provvisorio e in possesso definitivo dei beni lasciati dall'assente, non sono altro che due speciali effetti, od anzi, parlando più esattamente, due gradazioni di quello, tra gli effetti della dichiarazione di assenza, che consiste appunto nell'accordarsi ai presunti eredi il possesso e l'amministrazione dei beni dell'assente, e nell'ammettersi coloro, in generale, che abbiano su questi beni determinati diritti, a poterli esercitare (1).

Nel primo periodo, in cui la scomparsa della persona dall'ultimo suo domicilio o dall'ultima sua residenza, e la mancanza di notizie di lei, sono recenti ancora, nè perciò si vogliono permettere indagini, le quali potrebbero nuocere svelando segreti a cui l'assente e la sua famiglia avessero interesse, il legislatore si è limitato ad ammettere quei provvedimenti temporanei che siano indispensabili allo scopo di non lasciar pregiudicare gli interessi dell'assente medesimo, per mancanza di chi lo rappresenti in certi atti, ed allo scopo di assicurare la conservazione del patrimonio di lui.

Nel secondo periodo, allorchè è già trascorso un certo numero d'anni senzachè l'assente sia ricomparso, nè se ne siano avute notizie, diviene opportuno organizzare un'amministrazione più regolare e più perfetta, e dare a coloro,

(1) V. sopra, n. 133, p. 432-438.

che abbiano diritti di successione od altri sui beni lasciati dall'assente, il mezzo per potere esercitare, in via provvisoria dapprima, e poscia definitivamente, ma sotto condizione risolutiva pel caso che l'assente ritorni, o sia provata l'esistenza di lui, quei diritti che già ad essi appartengono supposto che la morte dell'assente siasi realmente verificata. Per altro, affinchè possa farsi luogo nella gestione del patrimonio lasciato dall'assente a questo importante mutamento di condizioni, si richiede che siano prima aperte indagini giudiziali per appurare possibilmente i dubbi che esistono intorno alla vita od alla morte dell'assente, e venga in seguito emanata una sentenza, la quale dichiari formalmente l'assenza se la incertezza intorno all'esistenza dell'assente risulti abbastanza grave; o in caso contrario respinga l'istanza proposta per tale dichiarazione.

Da ciò si scorge agevolmente come quello per la dichiarazione di assenza non sia che un procedimento intermedio, necessario per dar luogo al passaggio dal primo al secondo periodo dell'assenza stessa. Quella dichiarazione presuppone la presunzione di assenza; e qualora poi, pel concorso delle altre condizioni stabilite dalla legge, venga emanata, produce vari effetti legali, di cui non è che una parte, sebbene importantissima, la immissione nel possesso, prima temporaneo e poscia definitivo, dei beni dell'assente.

Abbiamo detto che non può verificarsi dichiarazione di assenza senzachè preesista l'assenza presunta. Nè occorre fatica per cercar mezzi di dimostrazione di questo principio; poichè li somministra evidenti il testo stesso dell'art. 22 del codice civile, così espresso:

" *Dopo tre anni continui di assenza presunta*, o *dopo sei*,
" ove l'assente abbia lasciato un procuratore per ammini-
" strare, i presunti eredi legittimi, ed in loro contraddit-
" torio i testamentari, e chiunque creda di avere sui beni
" dell'assente diritti dipendenti dalla morte di lui, possono
" domandare al Tribunale che l'assenza sia dichiarata ".
Tale dichiarazione ha dunque per base, innanzi tutto, la

presunzione di assenza; ed è infatti la durata di questa per tutto il tempo determinato nel predetto articolo, e senza interruzione, che fa luogo *a poter domandare* al tribunale che dichiari verificarsi l'assenza.

Abbiamo accennato, in secondo luogo, che la dichiarazione di assenza, una volta che sia pronunciata e sia divenuta definitivamente efficace a norma di legge, ha esistenza giuridica e produce effetti suoi propri, indipendentemente dall'immissione degli eredi presuntivi, od altri aventi diritto, nel possesso dei beni lasciati dall'assente. Nè per provare la verità di questa seconda proposizione vi è difficoltà guari maggiore che per la prima. L'art. 26 del codice civile ci dice infatti che " trascorsi sei mesi dalla " seconda pubblicazione della sentenza che dichiara l'as- " senza, il tribunale, sull'istanza di chiunque creda avervi " interesse, o del pubblico ministero, ordinerà l'apertura " degli atti d'ultima volontà dell'assente, se ve ne sono ". Ecco dunque un primo effetto legale della dichiarazione d'assenza, che non dipende dall'immissione in possesso dei beni lasciati dall'assente, che anzi necessariamente la precede, poichè saranno appunto gli eredi testamentari, se l'assente ne abbia istituiti nel suo atto d'ultima volontà, che avranno qualità per domandare al Tribunale la immissione nel possesso temporaneo dei beni, com'è dichiarato nel secondo paragrafo del medesimo art. 26. E il chiedere ciò è poi meramente facoltativo ai predetti eredi testamentari in contradditorio dei legittimi, od a questi ultimi in mancanza dei primi; mentre l'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente può essere chiesta, non solo *da chiunque creda d'avervi interesse*, ma anche dal pubblico ministero, ed è quindi un effetto che si può ottenere dalla dichiarazione di assenza, ancorchè poi gli eredi non vogliano approfittare della facoltà concessa loro dalla legge di domandare il possesso dei beni.

Nè questo è il solo effetto legale, che derivi dalla dichiarazione di assenza indipendentemente dall'immissione in

possesso dei beni che l'assente abbia lasciati. Così, secondo l'art. 241 del codice civile, la dichiarazione di assenza dei genitori fa luogo ad aprirsi la tutela dei figli minorenni; e secondo l'art. 1441 la stessa dichiarazione produce lo scioglimento della comunione di beni tra i coniugi, che sia stata stipulata nel contratto matrimoniale.

Dal principio che pel passaggio dal primo al secondo periodo dell'assenza è indispensabile la dichiarazione giudiziale di questa, segue naturalmente che fino a quando tale dichiarazione non sia pronunciata continui ad esistere giuridicamente la semplice presunzione dell'assenza, ancorchè da più o men lungo tempo siansi verificati gli estremi pel concorso dei quali la domanda di tale dichiarazione avrebbe potuto essere ammessa. Nei progetti di codice preparati dai ministri *Cassinis* e *Miglietti* era stata introdotta una disposizione, in cui dopo aver dichiarato che il periodo dell'assenza presunta comprendeva i tre od i sei anni successivi al giorno della scomparsa o delle ultime notizie della persona — secondochè mancasse od esistesse una procura da lei lasciata per l'amministrazione dei suoi beni — si soggiungeva che in tutti i casi *il periodo d'assenza presunta si intendeva comprendere inoltre tutto il tempo che decorresse fino alla sentenza di dichiarazione d'assenza.* Una simile disposizione non fu riprodotta nel successivo progetto Pisanelli, nè nel progetto senatorio, nè nel codice attuale; unicamente perchè parve, ed era infatti, superflua; essendo troppo evidente per sè, che non potendo aver luogo la dichiarazione giudiziale, se non in base dell'assenza presunta, la quale abbia durato senza interruzione pel tempo minimo stabilito dalla legge, e continui tuttora allorchè la dichiarazione venga pronunciata, i due periodi sono necessariamente consecutivi, nè quello della presunzione di assenza può cessare prima che gli subentri l'altro della dichiarazione giudiziale (1). Ciò è pure confermato,

(1) V. Astengo ed altri, cod. civ. confr., vol. I, art. 22, § II, p. 269, 270.

senza contestazione possibile, dallo spirito della legge in riguardo ai provvedimenti con cui essa volle guarentire, durante l'assenza presunta o dichiarata, gl'interessi patrimoniali dell'assente; giacchè, se fosse ammissibile la cessazione del periodo dell'assenza presunta prima che esistesse la dichiarazione giudiziale dell'assenza medesima, potrebb'esservi un intervallo durante cui non fossero attuabili i provvedimenti dalla legge ammessi nè per l'uno nè per l'altro dei due periodi. In quest'ordine d'idee bisogna anzi spingersi piu oltre ancora; nel senso che quand'anche la dichiarazione d'assenza fosse stata giudizialmente pronunciata ad istanza di qualcuna delle persone a cui la legge concede di poterne fare domanda, quand'anche fosse trascorso il tempo dopo il quale, giusta l'art. 26 del codice civile, avrebbe potuto essere ordinata l'apertura degli atti di ultima volontà dell'assente, ed essere conceduto agli eredi testamentari od ai presunti eredi legittimi il possesso dei beni da lui lasciati, finchè però quest'ultimo provvedimento non fosse stato attuato sovra istanza degli aventi diritto, a termini dell'articolo predetto, dovrebbero continuare ad avere efficacia gli anteriori provvedimenti che fossero stati dati, a senso dell'art. 21, pel periodo dell'assenza presunta. Invero non sarebbe ammissibile che pel fatto d'aver continuato l'assenza presunta per sei anni o per tre, secondochè l'assente avesse, o no, lasciato un procuratore per amministrare, e per essersi quindi dato luogo alla dichiarazione giudiziale dell'assenza stessa, dovessero cessare i provvedimenti che fossero stati presi nel primo stadio per la necessità di dare un rappresentante all'assente in certi atti, o di assicurare la conservazione del patrimonio di lui, innanzi che fosse realmente subentrata a quella prima gestione provvisoria e limitata, l'altra più regolare e completa che la legge organizzò pel secondo periodo dell'assenza. Ciò sarebbe in troppo manifesta opposizione all'intento, che il legislatore si propose sì nell'uno che nell'altro periodo, di guarentire la conservazione

del patrimonio dell'assente, sia nell'interesse di lui stesso, pel caso ch'egli ancora esista, sia nell'interesse degli eredi testamentari o legittimi, o d'altri aventi diritto, nel caso che sia avvenuta la morte dell'assente medesimo.

151. — Da quanto abbiamo detto nel numero precedente, e dal testo, che vi riferimmo, dell'art. 22 del codice civile, risulta chiaramente quali siano le condizioni di cui è necessario il concorso affinchè sia ammissibile la domanda di dichiarazione d'assenza. È indispensabile, in primo luogo, che si siano avverati gli estremi dai quali, secondo l'art. 20, dipende la presunzione di assenza. Bisogna poi che questa duri da tre anni almeno, o da sei, qualora l'assente abbia lasciato un procuratore per amministrare. Si richiede, da ultimo, che in tutto il corso di tale periodo l'assenza sia stata *continua*, cioè che l'assente non sia ricomparso nel luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza, nè se ne sia avuta in tutto quel tempo alcuna notizia.

Del primo di questi requisiti parlammo già superiormente, dimostrando come alla dichiarazione di assenza debba necessariamente precedere la presunzione di essa. Il tribunale, davanti cui sia proposta la domanda per la dichiarazione, deve quindi, innanzi tutto, accertare se la persona, che si pretende essere assente, abbia veramènte cessato di comparire nel luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza, e se ne manchino affatto notizie; e solo quando ciò risulti provato potrà per questa parte ritenere ammissibile l'istanza.

È forse necessario che l'assenza presunta sia stata precedentemente riconosciuta dal tribunale pronunciando sovra istanze che gli siano state presentate per l'emanazione d'alcuno dei provvedimenti contemplati nell'art. 21? Basta rammentare, a tale proposito, che nello stesso caso ivi previsto la pronunzia del tribunale ha per unico oggetto il dare o negare i provvedimenti che siano domandati

per la rappresentanza della persona che si dice assente, o per la conservazione del patrimonio da lei lasciato. La presunta assenza è la base, non l'oggetto del decreto del tribunale; a cui spetta bensì di accertare se la persona abbia veramente cessato di comparire nel luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza, e se non se ne abbiano notizie, ma posti tali fatti, quella persona *si presume assente per virtù diretta della disposizione della legge*, ed al tribunale rimane soltanto di decidere a suo prudente criterio sulla necessità dei provvedimenti invocati. Or dunque, se la presunzione di assenza esiste per virtù stessa di legge, secondo la disposizione dell'art. 20 del codice civile, che importa se il tribunale non abbia avuto occasione di pronunciarsi intorno ai provvedimenti di cui parla l'art. 21, perchè nessuna delle persone in esso contemplate li abbia invocati? Ciò non ostante, vi è pur sempre *assenza presunta* a senso del detto articolo 21; non manca dunque il primo dei requisiti, che l'art. 22 esige per l'ammissibilità della domanda in dichiarazione di assenza.

Se invece taluna delle persone designate nell'art. 21 abbia fatta istanza pei provvedimenti ivi accennati, il decreto dato dal tribunale su codesta domanda dovrà o potrà influire sulla decisione che il tribunale stesso sia poi chiamato a pronunciare per la dichiarazione di assenza? Una tale questione non può sorgere, se non in quanto il decreto si sia fondato sulla esistenza, o non, degli estremi necessari, secondo l'art. 20, per costituire l'assenza presunta; chè in quanto, all'opposto, siano stati negati i chiesti provvedimenti, reputandoli non necessari per la rappresentanza dell'assente in atti determinati, o per la conservazione del patrimonio di lui, ciò evidentemente non ha relazione col riconoscersi o negarsi la esistenza della presunta assenza. Ma, supposto che il tribunale abbia accolta l'istanza proposta a termini dell'art. 21, ritenendo che la persona di cui si tratti abbia veramente cessato di comparire nel luogo d'ultimo suo domicilio o d'ultima sua residenza,

nè se ne siano più avute notizie, e che d'altra parte i provvedimenti domandati siano necessari per la rappresentanza dell'assente in dati atti, o per la conservazione del suo patrimonio, o supposto al contrario che abbia respinta l'istanza, ritenendo che non concorrano gli estremi richiesti dall'art. 20 per l'assenza presunta, quando poi sia proposta la domanda per la dichiarazione di assenza, farà stato, in ordine all'esistenza, o non, dell'assenza presunta quel precedente pronunziato del tribunale stesso? Per rispondere al quesito basta ricordare anche qui, che l'oggetto del decreto del tribunale, nel caso dell'art. 21, consiste unicamente nell'accordare o negare i provvedimenti conservatori invocati; e l'esistere o non esistere gli estremi della presunzione di assenza, la quale dipende unicamente dalla disposizione della legge, è uno dei motivi necessari per dar fondamento alla pronunzia, ma non fa parte del dispositivo di essa. Ora, è solo nel dispositivo, non nella motivazione, che un pronunziato qualsiasi dell'autorità giudiziaria può fare stato. Sembra dunque indubitabile che il tribunale investito d'una domanda per dichiarazione di assenza, dovendo pronunciarsi innanzi tutto, a norma dell'art. 23 del codice civile, *sull'ammissibilità di tale domanda*, e quindi sulla esistenza dell'assenza presunta (art. 22, cod. civ.), non possa trovarsi vincolato da quanto sul medesimo punto abbia precedentemente ritenuto nel risolvere sovra domande fatte a senso dell'art. 21.

152. — Come già abbiamo visto dall'art. 22 del nostro codice, la domanda per dichiarazione d'assenza non è ammissibile che *dopo tre anni continui di assenza presunta, o dopo sei, ove l'assente abbia lasciato un procuratore per amministrare.*

Era troppo naturale che non si potesse permettere di far dichiarare giudizialmente l'assenza subito dopo che si fosse verificata la scomparsa della persona, e la mancanza di sue notizie. Altrimenti si sarebbe potuto riuscire a sop-

primere di fatto la distinzione, che la legge ha voluto stabilire, tra i due periodi dell'assenza. Oltre di che era necessario avere riguardo alla gravità delle conseguenze derivabili da quella dichiarazione giudiziale; che apre la via all'esercizio, prima temporaneo, poi definitivo, dei diritti di successione ed altri dipendenti dalla morte dell'assente, e fa luogo ad acquistarsi da coloro, a cui sia dato il possesso anche solo temporaneo dei beni dell'assente medesimo, il diritto di ritenerne a loro profitto la totalità od almeno una parte delle rendite (art. 30, 31, cod. civ.). Effetti tanto importanti non potevansi certamente ammettere, senza gravi inconvenienti, per un'assenza verificatasi recentemente, ma solo per quella la cui durata avesse già continuato per uno spazio di tempo sufficiente a consolidare la presunzione di morte, tanto da renderla atta a combattere, se non a vincere, la presunzione di vita dell'assente.

Dalle stesse considerazioni sono giustificate eziandio le formalità ed i termini, che la legge stabilì pel giudizio di dichiarazione d'assenza, al fine di dare al procedimento ed alla sentenza la maggiore pubblicità possibile, sicchè se in onta a ciò l'assente non si presenti, nè dia proprie notizie, rimanga sempre più convalidata la presunzione ch'egli non esista più, e sia quindi giustificata la determinazione di quegli effetti importantissimi di cui parlammo. E ne rimane pure dimostrato il motivo della differenza, che il predetto art. 22 del codice civile stabilisce tra i casi in cui l'assente abbia o non abbia lasciato un procuratore per amministrare, esigendo nel primo caso che siano trascorsi *sei anni continui di assenza presunta*, e nel secondo caso contentandosi di *tre anni;* imperocchè, quando l'assente abbia lasciato un procuratore, può avere dimostrato con ciò l'intenzione di star lontano dal proprio domicilio o dalla propria residenza per un tempo abbastanza considerevole, e ad ogni modo ha provveduto all'amministrazione del proprio patrimonio; talchè, appunto per ciò potendo egli non curarsi di mandare sue notizie, non

è che più tardi che la presunzione della morte di lui possa divenire tanto grave da giustificare che si agisca, sebbene in via provvisoria soltanto, come se l'assente non esistesse più, che si aprano gli atti contenenti l'ultima sua volontà, e che si accordi ai presunti eredi, ed agli altri aventi diritto, il possesso dei beni di lui, o l'esercizio dei diritti dipendenti dalla sua morte. D'altra parte, quando l'assente non abbia lasciato un procuratore che amministri per lui, è anche maggiore, nell'interesse dei suoi presunti eredi, o di coloro a cui spettino diritti dipendenti dalla sua morte, l'urgenza di provvedere accordando a quegl'interessati il possesso dei beni, o l'esercizio dei loro diritti eventuali.

Nel codice Napoleone, ed in alcuni d'Italia che lo avevano imitato, si era stabilito non potersi chiedere la dichiarazione di assenza che dopo *quattro anni* di assenza presunta, o dopo *dieci anni* qualora l'assente avesse lasciato un procuratore per l'amministrazione dei suoi beni (cod. francese, art. 115, 121; — cod. pel regno delle D. S., art. 121, 127; — cod. Parm., art. 1050, 1051; — cod. Alb., art. 79, 86; — cod. Est., art. 44, 54). Il codice italiano limitò i termini a tre ed a sei anni, secondo i casi preaccennati; considerando da un lato, che il decorso di tale tempo d'assenza presunta è sufficiente per rafforzare la presunzione di morte dell'assente in modo da giustificare il passaggio a quei provvedimenti che sono ammessi pel secondo periodo; e dall'altro lato, che l'interesse dei presunti eredi, o di coloro generalmente che abbiano da esercitare sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla morte di lui, esige che non sia soverchiamente protratta la possibilità per essi di entrare temporaneamente nel possesso dei beni, o nell'esercizio delle loro ragioni; e che poi la facilità e rapidità delle comunicazioni, tanto accresciuta nei tempi nostri, giustifica questa modificazione alle legislazioni anteriori, poichè tanto minor tempo è necessario ad aggravare la presunzione di morte dell'assente in conseguenza della mancanza d'ogni notizia di lui.

Nel citato art. 22 del nostro codice è detto potersi domandare la dichiarazione di assenza *dopo tre anni o dopo sei continui di assenza presunta*, senz'altra spiegazione circa il momento da cui debbasi computare la decorrenza di quel periodo di tre o di sei anni. È ovvio quindi che per determinarlo debbasi ricorrere all'art. 20, ov'è detto " presumersi assente " la persona, che abbia cessato di comparire nel luogo del " suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza, *senza " che se ne abbiano notizie* ". E stando unicamente a questa espressione letterale potrebbe indursene che *dalla data di ricevimento delle ultime notizie* dell'assente dovessero computarsi i tre od i sei anni; poichè *l'essersi avute queste notizie* di lui dopo che era scomparso dal suo domicilio o dalla sua residenza, impedirebbe, secondo le parole dell'art. 20, che pel tempo decorso fino a quel punto potesse considerarsi come esistente la presunzione di assenza.

In tal senso opinarono infatti alcuni dei commentatori del codice francese, il quale pure nell'art. 115 ammetteva la domanda di dichiarazione d'assenza " quando una per- " sona si fosse resa assente dal luogo del suo domicilio o " della sua residenza, e *dopo quattro anni non se ne fossero " ricavate notizie* ". E perciò osservavano quegli autori che " dalla redazione di questo articolo risultava evidentemente " non essere la data delle ultime notizie, ma quella del loro " arrivo, che doveva in tal caso essere presa in considera- " zione " (1). Nè può negarsi che molta forza avesse questo argomento dedotto da un testo, che, trattandosi precisamente della dichiarazione d'assenza, faceva dipendere l'ammissibilità della relativa domanda dall'essere decorsi quattro anni dopo la scomparsa dell'assente *senzachè se ne fossero ricevute notizie*. Nondimeno per l'opinione contraria stavano autorità non meno cospicue (2); e ad essa troviamo anche

---

(1) V. Delvincourt, t. I, p. 49, nª 1; Duranton, t. I, n. 414; Zachariae, t. I, § 151, nª 3; Aubry e Rau, t. I, § 151, nª 4.

(2) V. Valette sur Proudhon, t. I, p. 271, nª (a) I; Marcadé, art. 115, § III, t. I, n. 352; Demolombe, t. II, n. 57; Laurent, t. II, n. 156.

minore ostacolo nelle letterali disposizioni del nostro codice; giacchè in quelle di esse che riguardano la dichiarazione di assenza non vi è parola che accenni a doversi computare il tempo dell'assenza presunta, che deve precederne la dichiarazione giudiziale, dal giorno in cui le ultime notizie dell'assente *siano state ricevute*. Dal precedente articolo 20 si trae veramente non essere presunta assente una persona qualóra essa abbia bensì cessato di comparire nel luogo d'ultimo suo domicilio o d'ultima sua residenza, ma *se ne abbiano posteriori notizie*. Questo solo però è il significato delle parole del legislatore; dalle quali non risulta che avute le notizie, e conosciutane la data, non sia da riferirsi a questa, anzichè al momento in cui le notizie siano giunte, la cessazione di quella presunzione di assenza, che dipendeva dall'originaria scomparsa della persona dal luogo di suo domicilio o di sua residenza. Quest'ultima è anzi la interpretazione più razionale della predetta disposizione dell'art. 20, colla quale combinando il successivo art. 22 è da ritenersi che per poter chiedere la dichiarazione d'assenza basta che siano trascorsi tre anni, o sei, secondo i casi, dopo il tempo in cui era accertata l'esistenza della persona secondo le ultime notizie avutene. Non si può infatti dimenticare il principio fondamentale di questa materia, che la incertezza sulla esistenza della persona scomparsa è quella che forma la base di tutte le disposizioni legislative concernenti l'assenza. Ora questa incertezza comincia necessariamente dal giorno a cui si riferiscono le ultime notizie che si hanno dell'assente. E quando, o per distanza di luoghi, o per altra cagione di ritardo, la lettera, per esempio, che recava quelle notizie, non giungesse al luogo d'ultimo domicilio o d'ultima residenza dell'assente fuorchè molto tempo dopo, sarebbe strano il pretendere che ne risultasse la certezza della esistenza dell'assente fino al giorno dell'arrivo della lettera. Tale certezza non si avrebbe che fino al giorno in cui la lettera fu scritta, dal quale ricomincierebbe quel dubbio se l'assente sia vivo o morto,

che appunto è fondamento di tutte le disposizioni della legge in questa materia.

In appoggio di tale opinione soccorre eziandio ciò che è disposto nel secondo paragrafo dell'art. 26, nello stabilire quali persone abbiano diritto a domandare l'immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente. È incontestabile la relazione intima che questa immissione ha colla dichiarazione d'assenza, della quale non è che un effetto. Ora nel detto articolo, parlando degli eredi legittimi dell'assente, i quali possono chiedere appunto la immissione nel possesso provvisorio dei beni da lui lasciati, è detto che sono “ quelli che sarebbero stati eredi legittimi se l'assente “ fosse morto nel *giorno a cui risale l'ultima notizia della* “ *sua esistenza* „. Con ciò il legislatore ha manifestato chiaramente il pensiero che per gli effetti della dichiarazione d'assenza non sia il giorno in cui l'ultima notizia siasi ricevuta, ma *quello a cui essa risalga*, cioè la data di tale notizia, che debba essere presa in considerazione. E sarebbe poi contradditorio che, dato il caso d'una persona scomparsa dal suo domicilio o dalla sua residenza, ma della quale si fossero avute notizie posteriori, il triennio o sessennio dell'assenza presunta, che rende ammissibile l'istanza per la dichiarazione giudiziale, dovesse computarsi dal ricevimento, non dalla data delle notizie stesse, reputando così abbastanza accertata fino a quel giorno l'esistenza dell'assente; e l'immissione in possesso, conseguente alla dichiarazione giudiziale d'assenza, che fosse stata poi pronunciata, si accordasse invece a coloro che sarebbero stati eredi legittimi dell'assente s'egli fosse morto nel giorno, non del ricevimento, ma della data delle ultime notizie che si fossero avute di lui.

Anche dai commentatori del nostro codice fu quindi accettata la massima che “ i tre o i sei anni, di cui nel-“ l'art. 22, incominciano a computarsi dal giorno in cui “ la persona scomparve, se non siansi avute notizie di lei; “ in caso contrario dalla data dell'ultima sua notizia, e

" non già dall'arrivo di essa; perciocchè l'incertezza della " esistenza incomincia da quella, e non da questo „ (1).

153. — La legge nostra parla di *procura per amministrare, lasciata dall'assente;* dalla esistenza, o non, della quale fa dipendere il tempo di tre anni o sei d'assenza presunta, che si richiede per poterne ottenere la dichiarazione giudiziale. Il codice francese (art. 120) parlava ugualmente di *procuratore per l'amministrazione dei propri beni*, che l'assente avesse lasciato. Era sorto il dubbio se bastasse l'esistenza d'una *procura speciale*, o ne fosse necessaria una *generale;* e i pareri degl'interpreti erano discordi.

Secondo alcuni bastava una procura qualunque, anche *speciale*, per non potersi domandare la dichiarazione giudiziale che dopo dieci anni di assenza presunta " perchè " la legge non faceva distinzione, a tale proposito, tra procura generale e procura speciale „ (2).

Secondo altri il più lungo termine di dieci anni " non " doveva essere applicato che nel caso in cui l'assente " avesse lasciata una *procura generale;* perchè allora soltanto potevasi presumere ragionevolmente ch'egli avesse " preveduto l'evento di un'assenza prolungata. Se invece " la procura era speciale, essa non impediva la domanda " della dichiarazione d'assenza dopo quattro anni „ (3).

Una terza opinione modificava la precedente nel senso, che una *procura speciale* non bastasse per rendere inammissibile la domanda in dichiarazione di assenza finchè non fossero trascorsi dieci anni dalla scomparsa o dalle ultime notizie dell'assente; ma, secondo il principio stabilito nell'art. 117 del codice francese, che " il tribunale, nel " provvedere sulla domanda di dichiarazione, debba avere

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Istit.*, 3ª ed., vol. II, n. 101, p. 142.

(2) V. Toullier, t. I, n. 424; De Moly, *Tr. des absents*, n. 100, 225; Talandier, *Nouveau traité des absents*, p. 104.

(3) V. Delvincourt, t. I, p. 47, nª 3; Plasman, *Code et traité des absents*, t. I, p. 198-201.

“ riguardo ai motivi dell'assenza, ed alle cause le quali “ hanno potuto impedire che si abbiano notizie del presunto “ assente „ fosse in facoltà del tribunale stesso di “ differire “ per più o meno lungo tempo la pronunzia della dichia- “ razione d'assenza, allorchè la persona, contro cui fosse “ chiesta, avesse lasciato una o più procure speciali „ (1).

Altri autori ritenevano non essere assolutamente necessaria una procura generale per estendere fino a dieci anni il tempo prima del quale non potesse essere chiesta e pronunciata la dichiarazione di assenza; poter bastare a ciò anche un mandato speciale, purchè la natura e l'importanza dei beni e degli interessi che ne formassero oggetto fossero tali da dimostrare l'intenzione del mandante di star lontano per lungo tempo, e di provvedere nel frattempo con quella procura all'amministrazione del proprio patrimonio: tutto quindi ridursi ad una indagine sulle intenzioni dell'assente, ad un apprezzamento di fatto spettante al potere discretivo dei magistrati (2).

Stando al significato proprio delle parole “ *procuratore per amministrare* „ usate nell'art. 22 del nostro codice, è innegabile ch'esse esprimono il concetto d'un *mandato generale*, anzichè d'una procura speciale; poichè il mandato che comprende genericamente tutti i *poteri per amministrare* è quello appunto che è *concepito in termini generali* (art. 1741, cod. civ.), mentre un mandato speciale ha per oggetto soltanto uno o più affari determinati, e non in genere l'*amministrare* per conto del mandante. Questa interpretazione d'altronde è conforme anche, per la generalità dei casi, allo spirito della legge; avvegnachè solamente quando si tratti d'un mandato generale lasciato dall'assente, possa ammettersi che questi col conferirlo abbia manifestata

---

(1) V. Zachariae, Aubry e Rau, t. I, § 151, nª 3.

(2) V. Duranton, t. I, n. 412; Valette sur Proudhon, t. I, p. 273, III; Marcadé, art. 121, § II, t. I, n. 364; Demolombe, t. II, n. 54; Laurent, t. II, n. 155.

l'intenzione di rimanere per lungo tempo lontano dalla propria sede ordinaria, e ad ogni modo abbia provveduto abbastanza all'amministrazione dei propri beni, sicchè la legge non debba intervenirvi, se non quando per una durata d'assenza assai maggiore sia considerevolmente aggravata la presunzione di morte dell'assente.

Non è da escludere però che in qualche caso eccezionale anche un mandato speciale sia da considerarsi, nella particolarità delle circostanze, come equivalente pei suoi effetti, e secondo lo spirito dell'art. 22 del codice, ad un mandato generale; perchè, avuto riguardo alla natura, importanza e situazione dei beni a cui quel mandato speciale si riferisca, possa dirsi dimostrata nel mandante la intenzione di rimanere per lungo tempo lontano, provvedendo frattanto col mezzo d'un procuratore all'amministrazione delle sue sostanze. Così sarebbe, per esempio, se tutto, o quasi, il patrimonio dell'assente consistesse in uno stabilimento di commercio od in un fondo, e l'assente avesse lasciato un procuratore coll'incarico di esercitare in nome suo quel commercio o l'azienda di quel fondo. Così sarebbe pure se la sostanza dell'assente essendo in immobili e in rendite, e gl'immobili essendo affittati per lungo tempo, l'assente avesse lasciate procure speciali ad uno per esigere gli affitti e vigilare all'adempimento degli obblighi dei conduttori, ad un altro per riscuotere le rendite.

La nostra conclusione sarebbe dunque, che il legislatore nell'art. 22 del codice civile ha contemplato veramente il caso d'un mandato generale per tutti gli affari dell'assente; che però, eccezionalmente, per l'applicabilità di questa disposizione secondo lo spirito suo, può bastare che l'assente abbia lasciato una o più procure speciali, per doversi attendere il decorso di sei anni compiuti prima di pronunciare la dichiarazione giudiziale di assenza, qualora risulti che con quelle procure speciali sia stato provveduto abbastanza all'amministrazione dei beni dell'assente, come vi sarebbe stato provveduto con un mandato generale. Il qual punto

non può naturalmente costituire che una questione di fatto, dipendente dall'apprezzamento discrezionale dei magistrati; nel che converremmo pertanto cogli autori ultimamente citati.

L'opinione intermedia, che pure ricordammo, secondo la quale si riconoscerebbe soltanto ai tribunali la facoltà di *differire per un tempo più o meno lungo la dichiarazione d'assenza*, in vista d'una o più procure speciali che l'assente avesse lasciate, non ci sembra che risolva la questione. La quale consiste nello stabilire se il più lungo tempo d'assenza presunta, richiesto per l'ammissibilità della domanda di dichiarazione giudiziale allorchè l'assente abbia lasciato un procuratore per amministrare, debba essere osservato anche quando l'assente non abbia lasciato un mandato generale per tutti gli affari suoi, ma semplici procure speciali. Che al tribunale, riconosciuta che abbia l'ammissibilità dell'istanza, rimanga ancora la facoltà discretiva di apprezzamento delle circostanze di fatto, per risolvere sull'essere o no da pronunciarsi la dichiarazione di assenza, ciò non è dubbio. Non è riprodotta testualmente nel codice italiano la disposizione dell'articolo 117 del francese; ma l'articolo 24 del nostro dimostra pure abbastanza che il tribunale accoglierà o respingerà la domanda di dichiarazione dell'assenza, secondo il convincimento che in seguito alle informazioni assunte si sarà formato intorno all'incertezza della esistenza dell'assente, avendo quindi naturalmente riguardo anche *ai motivi dell'assenza, ed alle cause che abbiano potuto impedire di aver notizie del presunto assente*, come diceva il citato articolo 117 del codice francese. E non è dubbio ancora, che a convincere il tribunale del non esservi sufficiente incertezza sull'esistenza dell'assente, per dar luogo alla dichiarazione giudiziale dell'assenza, ed ai conseguenti gravissimi effetti, potrebbe pure influire la circostanza d'avere l'assente, prima di lasciare il proprio domicilio o la propria residenza, costituiti procuratori speciali per determinati affari suoi.

Allora però il tribunale pronunzia, non sull'*ammissibilità*, ma sul fondamento dell'istanza per dichiarazione d'assenza; e se questo ritiene non abbastanza dimostrato, respinge la domanda, salvo agli aventi diritto il poterla riproporre più tardi. La questione attuale riguarda invece l'*ammissibilità della domanda*, intorno al qual punto l'autorità giudiziaria deve pronunciare a termini di legge, nè può competerle alcuna facoltà discretiva. È applicabile secondo l'art. 22 del codice nostro, il termine di tre anni, o quello di sei, nel caso dell'assente che abbia costituiti procuratori speciali, ma non abbia lasciato un mandato generale per tutti gli affari suoi? Ecco il quesito a cui bisogna rispondere. E secondo l'avviso nostro si dovrebbe risolverlo, per massima generale, nel senso che esistendo semplici mandati speciali dell'assente, bastassero tre anni continui di assenza presunta per rendere ammessibile la domanda di dichiarazione dell'assenza; salvo il doversene invece richiedere sei qualora la procura o le procure, benchè speciali nella forma, comprendessero in fatto tutta l'amministrazione del patrimonio lasciato dall'assente. Nell'apprezzamento di questa circostanza di fatto il tribunale eserciterebbe veramente un potere discrezionale; ma qualora ritenesse che le procure speciali lasciate dall'assente equivalessero di fatto, per le circostanze particolari del caso, ad un mandato generale, dovrebbe dichiarare senz'altro inammissibile l'istanza se non fossero decorsi sei anni continui di assenza presunta; come nel caso opposto dovrebbe ammettere l'istanza qualora fossero compiuti i tre anni; in nessun caso potrebbe arbitrarsi di determinare un tempo diverso, più lungo di tre, meno di sei anni, dopo cui la domanda potesse essere riproposta.

Fra gli espositori del codice italiano, qualcuno ha opinato che nell'articolo 22, parlando di *procuratore lasciato dall'assente per amministrare*, siasi inteso d'un “ rappre-“ sentante di fiducia con poteri abbastanza ampi, e non di “ qualche speciale procuratore a cose secondarie e limitate,

" onde non si rilevi un proposito ugualmente ponderato e " pari previdenza " (1). Altri ha detto che " di regola la " procura dev'essere generale, acciò non possa procedersi " prima di sei anni alla dichiarazione di assenza. Ma può " bastare anche la procura speciale, se siavi da provve- " dere ad una sola specie di beni o di affari " (2).

Il testo richiede per l'ammissibilità della domanda in dichiarazione d'assenza che siano preceduti sei anni continui di assenza presunta, *ove l'assente abbia lasciato un procuratore per amministrare:* e questa espressione generale ed assoluta non permette alcuna distinzione relativamente al tempo ed all'occasione in cui sia stato costituito il mandato. Certamente, se l'atto di procura sarà stato celebrato poco prima che l'assente lasciasse il suo domicilio o la sua residenza, ed allo scopo appunto di provvedere sino al suo ritorno all'amministrazione del patrimonio, sarà più ampiamente giustificato il maggior tempo di sei anni, che si esige per dar luogo alla dichiarazione d'assenza; poichè il mandante avrà col fatto dimostrata la sua intenzione di star lontano per lungo tempo, ed avrà intanto ordinato da sè quanto occorreva per la gestione dei suoi beni, per la tutela dei suoi interessi. Ma, quand'anche il mandato sia stato conferito molto prima che l'assenza cominciasse, e per tutt'altro motivo, sarà però vero sempre che non essendovi bisogno urgente d'alcuna provvidenza, e d'altra parte l'assetto in cui quella persona, abbandonando la sua sede ordinaria, aveva lasciate le cose proprie, potendo spiegare fino a certo punto il prolungarsi della sua lontananza e il non dare notizie di sè, è giusto il non far luogo a quell'importante mutamento di condizioni, che trarrebbe seco la dichiarazione d'assenza, se non dopo il più lungo tempo di sei anni. Intorno a ciò non pare potervi essere dubbio; nè infatti si riscontra fra gli autori alcuna opinione in contrario.

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 22, § 142, p. 209.
(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Istit.*, 3ª ed., vol. II, n. 101, p. 142.

A qualche dissensione ha dato luogo invece ciò che riguarda il tempo di durata che l'assente abbia prefisso alla procura da lui lasciata. Il caso più comune sarà veramente che non sia stato stabilito alcun termine, perchè il mandante non ha bisogno di prefiggerlo, ancorchè si tratti d'un mandato generale, potendo egli sempre revocarlo quando voglia (art. 1758, cod. civ.). E in tale ipotesi non può esservi questione; solo dopo sei anni d'assenza presunta si può, chiederne la dichiarazione giudiziale; ma lo si può, finito che sia questo tempo, non ostante che continuando l'esercizio del mandato potesse essere provveduto abbastanza all'interesse dell'assente. La lettera dell'art. 22 è troppo chiara per poterne dubitare; e d'altra parte nella dichiarazione d'assenza non è pel solo interesse dell'assente che si agisca, ma pure, ed anzi principalmente, per l'interesse dei richiedenti, cioè dei presunti eredi legittimi, o degli eredi testamentari, o di quegli altri che credono di avere sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla morte di lui (1).

Ma non è escluso che nel mandato possa essere prefisso un termine, alla scadenza del quale le funzioni del mandatario debbano cessare; e questo termine può essere più breve o più lungo di quello di sei anni stabilito dall'art. 22 per l'ammissibilità della domanda in dichiarazione di assenza. Quale ne sarà allora l'effetto? Il termine dei sei anni verrà anch'esso abbreviato o prolungato? O quale altro temperamento si potrà adottare?

Se si considerano le espressioni dell'art. 22 del nostro codice, diverse da quelle dei corrispondenti articoli 115 e 121 del codice francese, ogni difficoltà intorno agli accennati punti parrebbe che dovesse essere rimossa. Essendo detto in quell'articolo che la dichiarazione d'assenza può essere domandata *dopo tre anni, o dopo sei, continui di assenza presunta*, è chiaro, per le parole stesse della legge, che da un lato il termine, dopo cui divien proponi-

---

(1) V. sopra, n. 135, p. 457, ss.

bile quella istanza, non dev'essere mai maggiore del triennio o del sessennio, e che, d'altro lato, quel termine deve naturalmente decorrere sempre *dal giorno in cui è cominciata la presunzione di assenza.*

Essendovi poi stabilito il termine di sei anni, invece di quello di tre, pel caso che l'*assente abbia lasciato un procuratore per amministrare*, è pure evidente che qualunque sia il tempo prefisso alla durata della procura si è sempre nei termini della legge, la quale nulla ha dichiarato specialmente a questo riguardo; epperò è sempre il termine dei sei anni che dev'essere osservato, sia poi maggiore o minore la durata del mandato, non potendosi introdurre in questa parte della disposizione della legge, espressa in termini così generali ed assoluti, una suddistinzione che non vi è fatta.

Ricorrendo anche ai motivi della legge, non vi è ragione per dover accogliere idee diverse. Si è riconosciuto necessario, allorchè l'assente abbia lasciato un procuratore per l'amministrazione del suo patrimonio, di prolungare del doppio il tempo dopo cui possa essere chiesta la dichiarazione d'assenza al fine di conseguire poscia il possesso dei beni; perchè da una parte la costituzione stessa di quel mandato può dimostrare l'animo di assentarsi per un tempo abbastanza considerevole dalla propria sede ordinaria, e può fino a certo punto spiegare la omissione di mandar notizie di sè; e perchè d'altra parte avendo l'assente provveduto alla cura delle sue sostanze, è giusto, per riguardo a lui, di procedere con maggiore cautela, non accordando ad altri il possesso dei di lui beni, se non dopo trascorso un tempo più lungo, durante il quale avendo continuato l'assoluta mancanza di sue notizie, ne risulti abbastanza rafforzata la presunzione ch'egli non sia più in vita. Ora, supposto pure che il mandato sia stato fatto per un termine minore di sei anni, gli accennati motivi della legge per richiedere il decorso di questo spazio di tempo, prima che possa promuoversi la dichiarazione giudiziale di assenza, non cessano

però di sussistere; giacchè il mandante, pur rimanendo lontano per maggior tempo di quello che era dapprima nella sua intenzione, può aver confidato che il procuratore continuasse anche dopo spirato il termine del mandato a curare gli affari commessigli, e in questa fiducia può non aver pensato a fare un nuovo mandato, nè a dare notizie di sè. Supposto poi l'altro caso, che il mandato lasciato dall'assente sia per un tempo assai lungo, superiore al sessennio computato dal giorno a cui l'assenza presunta risale, è bensì vero che avendo riguardo al solo interesse dell'assente potrebbe dirsi esservi ancora provveduto abbastanza con quel mandato d'amministrazione; ma non bisogna dimenticare che nel secondo periodo d'assenza è l'interesse dei presunti eredi, o d'altri aventi diritti sui beni dell'assente, che il legislatore ebbe principalmente in considerazione e volle proteggere. Per l'interesse di queste persone era necessario fissare un termine, trascorso il quale, e durando sempre l'assenza presunta della persona sul cui patrimonio esse hanno diritti da esercitare, non potesse più oltre essere ritardato l'esercizio di tali diritti; e la legge ha fissato perciò indeclinabilmente questo termine a sei anni compiti dopo che ha cominciato l'assenza presunta. D'altronde non si può mettere in dubbio che qualora l'assente abbia lasciata una procura senza determinazione di tempo per la durata di essa, dopo sei anni d'assenza presunta può essere domandata la dichiarazione giudiziale. È il caso più comune, a cui è da applicarsi, senza contestazione possibile, la disposizione dell'art. 22, che stabilisce quel termine di sei anni. Eppure anche in tal caso all'interesse dell'assente provvederebbe abbastanza quella procura, da lui lasciata senza limitazione di tempo.

Si opporrà forse che quando il presunto assente ha prefissa una lunga durata, maggiore di sei anni, alla procura da lui conferita ad un amministratore, ha dimostrato con ciò stesso il proposito di star lontano per tutto quel tempo,

e la volontà d'impedire che prima della scadenza del termine da lui stabilito possa essere tolta al suo procuratore l'amministrazione per conferirla invece ai suoi presunti eredi? Ma ovvia è la risposta: che non può dipendere dalla volontà del presunto assente di procrastinare a suo arbitrio in danno dei presunti eredi l'esercizio d'una facoltà ad essi attribuita dalla legge. Inoltre vi è da considerare un altro punto risolutivo della questione. Per affermare che il mandato conferito dall'assente potesse essere di ostacolo giuridico alla domanda di dichiarazione dell'assenza, bisognerebbe accertare che al tempo in cui tale domanda fosse proposta l'assente vivesse ancora; perchè se al contrario la morte di lui si fosse già verificata, avrebbe prodotta l'estinzione del mandato (art. 1757, § 3°, cod. civ.). Ora l'assenza stessa rendendo completamente incerto se l'assente sia vivo, o sia morto, non può dunque la procura lasciata da lui, per quanto lunga sia la durata ad essa prefissa, venire opposta efficacemente alla domanda di dichiarazione d'assenza, promossa dopo il termine di sei anni stabilito dall'articolo 22. Intorno a ciò non vi era infatti alcuna esitanza nelle dottrine professate dai commentatori del codice francese, i quali concordavano nel ritenere che il termine di dieci anni, stabilito dall'art. 121 di quel codice — ridotto a sei nel codice italiano — non potesse mai essere prorogato, quantunque la procura lasciata dall'assente fosse stata data per più lungo lasso di tempo (1).

Ma circa la prima ipotesi, di un termine apposto al mandato, più breve di quello che la legge ha statuito per l'ammissibilità della domanda in dichiarazione di assenza, vi è invece qualche discordanza di opinioni tra gli autori francesi. Dal maggior numero di essi era insegnata la massima che quando pure la procura lasciata dall'assente fosse per

---

(1) V. Toullier, t. I, n. 424; Duranton, t. I, n. 413; Valette sur Proudhon, t. I, C. XX, S. II, § 2, n^a (a) III, p. 273; Marcadé, art. 121, § III, t. I, n. 365; Zachariae, Aubry e Rau, t. I, § 151, n^a 5; Demolombe, t. II, n. 56; Laurent, t. II, n. 155, p. 198.

un tempo minore del decennio, di cui nell'articolo 121 del codice Napoleone — od anche minore del quadriennio, compito il quale soltanto era data facoltà dall'art. 115 di domandare la dichiarazione d'assenza nel caso di mancanza di qualsiasi procura dell'assente — bisognasse però sempre, per ciò solo che una procura vi fosse, attendere il compimento del decennio per poter promuovere quella dichiarazione (1). Come argomento principale in appoggio di tale opinione adducevasi la disposizione dell'articolo 122, ov'era detto non potersi chiedere la dichiarazione d'assenza prima che fossero finiti dieci anni dopo la scomparsa o le ultime notizie dell'assente, anche nel caso che la procura da lui lasciata *fosse venuta a cessare*, senza nessuna distinzione circa il tempo nè circa la causa di questa cessazione. Però l'articolo 122 era da altri inteso nel senso che contemplasse la cessazione del mandato per cause indipendenti dalla volontà del presunto assente, e non prevedute da lui (2); la quale interpretazione avrebbe manifestamente tolto ogni valore all'argomentazione predetta, giacchè la cessazione del mandato alla scadenza del tempo a cui fu limitato dipende dalla volontà dell'assente, che ha costituito il mandato stesso, ed è quindi necessariamente preveduta da lui. Ma comunque sia, quell'argomento non potrebbe aver valore per noi, che non abbiamo nel nostro codice una disposizione corrispondente a quella dell'art. 122 del francese. In compenso, però, il nostro articolo 22 parla in una forma più esplicita e precisa che il codice francese negli articoli 115 e 121; e statuendo in modo assoluto che " ove " l'assente abbia lasciato un procuratore per ammini- " strare, dopo sei anni continui di assenza presunta si può " chiedere al tribunale che l'assenza sia dichiarata „ esclude qualsiasi distinzione tra il mandato puro e semplice, e quello che sia limitato da un termine qualunque sia. A ciò

(1) V. Toullier, l. c.; Duranton, t. I, n. 411; Plasman, *Code et traité des absents*, t. I, n. 202; Marcadé, l. c., n. 364.
(2) V. Delvincourt, t. I, p. 47, n^e 2, 3.

si aggiunge, come sopra dimostrammo, che gli stessi motivi della legge concorrono a far ritenere che il mandato lasciato dall'assente, se pure sia per minor tempo del sessennio od anche del triennio, debba essere sufficiente, secondo la intenzione del legislatore, per non ammettere la domanda della dichiarazione di assenza se non dopo che siano trascorsi *sei anni continui di assenza presunta*. Perciò non dubitiamo che questa massima, prevalente nella dottrina francese, debba pure adottarsi nella legislazione nostra. In questo senso si sono infatti pronunciati i commentatori del codice italiano (1).

Non mancano però opinioni autorevoli in senso diverso. Alcuni autori hanno osservato non potersi ammettere che basti una procura limitata ad un tempo qualsiasi, anche brevissimo, per esempio di alcuni mesi, o di pochi giorni, per rendere necessario il decorso del più lungo termine stabilito dalla legge per la dichiarazione d'assenza; hanno osservato, d'altra parte, che nulla essendo dichiarato nella legge relativamente alla durata della procura, è da presumersi che il legislatore abbia inteso di riferirsene al prudente apprezzamento dei magistrati; e ne hanno conchiuso che sia nelle facoltà del tribunale il determinare, secondo le circostanze speciali di ciascun caso, se il tempo a cui sia limitata la procura lasciata dall'assente sia considerevole abbastanza per dover differire la dichiarazione d'assenza fino a che sia trascorso il più lungo termine stabilito dalla legge per tale dichiarazione (2). Veramente è una ipotesi poco probabile questa, di un assente, che allontanandosi dal proprio domicilio o dalla propria residenza, dove non sia più ricomparso per parecchi anni, nè abbia più mandato sue notizie, abbia lasciata una procura per l'amministrazione del suo patrimonio limitata a pochi mesi od a giorni. Ma quando pure il caso si verificasse, diremmo

---

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 21, vol. I, § 142, p. 209; Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, 3ª ed., vol. II, n. 101, p. 142, nª 3.

(2) V. Demolombe, t. II, n. 55; Laurent, t. II, n. 155, p. 198-200.

che il tribunale, nell'occuparsi dell'ammissibilità della domanda per dichiarazione dell'assenza, dovrebbe esaminare se quella fosse veramente da qualificarsi come una *procura ad amministrare*, nel senso in cui è considerata dalla legge in questa materia della dichiarazione di assenza. Il legislatore, evidentemente, ebbe in vista un mandato col quale l'assente abbia inteso di provvedere al governo del suo patrimonio durante una non breve lontananza a cui siasi determinato. È in ciò che si trova la spiegazione della mancanza di notizie, e la ragione conseguente di differire di molto la dichiarazione d'assenza. Ma a questo spirito della legge non corrisponderebbe certamente un mandato la cui durata fosse stata ristretta dall'assente ad un certo numero di giorni od a pochi mesi. Allora pertanto sarebbe il caso di ritenere non esistente una *procura per amministrare*, quale fu intesa nell'articolo 22 del nostro codice; e per questa ragione il tribunale avrebbe a pronunciare l'inammissibilità della domanda per dichiarazione d'assenza. Ma, supposto che si verificassero gli estremi d'una *procura per amministrare*, nel senso sopra indicato, non sarebbe in facoltà del tribunale l'ammettere la domanda prima che fosse decorso il tempo dalla legge prescritto per tale caso, tempo che il nostro codice ha stabilito in sei anni continui di assenza presunta. Non si può confondere ciò che riguarda l'ammissibilità della domanda per dichiarazione di assenza, con ciò che concerne il fondamento in merito della domanda stessa. Per quest'ultima parte compete certamente all'autorità giudiziaria una facoltà discretiva, secondo i criteri ch'essa desume dall'apprezzamento dei fatti. Ma le condizioni di ammissibilità dell'istanza sono determinate tassativamente dalla legge; e al tribunale spetta bensì di riconoscere in fatto se quelle condizioni sussistano, ma riconoscendolo, non si può in diritto decampare dalla pura e semplice applicazione della legge. Così nel caso supposto d'una domanda per dichiarazione di assenza proposta prima che fossero trascorsi sei

anni di assenza presunta, avendo l'assente lasciata una procura per amministrare, ma limitata a breve tempo, il tribunale dovrebbe prima di tutto, stabilire se quella fosse veramente una procura per amministrare nel senso in cui è contemplata dall'art. 22 del nostro codice, e qualora nell'apprezzamento dei fatti, che indubitabilmente gli appartiene, riconoscesse che tale essa fosse, dovrebbe ammettere la domanda, salvo giudicare poscia del fondamento in merito; se al contrario giudicasse non potersi quella riguardare come una procura per amministrare, nel senso di detto articolo, non potrebbe esimersi dal dichiarare inammissibile la istanza proposta prima del compimento dei sei anni continui di assenza presunta. Si oppone che " non essendo " detto nulla nella legge circa la durata della procura, la " questione debba intendersi per ciò stesso abbandonata " all'apprezzamento dei tribunali ". Ma ci sembra tutt'altra la conseguenza deducibile da quella premessa. Dall'avere la legge subordinata al decorso di un maggior tempo l'ammissibilità della domanda per dichiarazione di assenza *qualora l'assente abbia lasciato un procuratore per amministrare,* senza distinguere quale durata sia stata prefissa dall'assente a tale procura, è da conchiudersi, secondo i più elementari principii d'interpretazione, che qualunque sia il termine dopo il quale abbia a cessare il mandato, si debba sempre lasciar compiere il più lungo tempo stabilito dalla legge, prima di poter promuovere la dichiarazione di assenza, perchè non si può limitare una disposizione di legge generale ed assoluta con una distinzione da essa non fatta. Ritenendo invece che spetti al tribunale la facoltà di ammettere o non ammettere, a suo prudente criterio, tale domanda, si va contro il principio fondamentale che le condizioni per l'ammissibilità di questa sono determinate dalla legge, non rimesse all'arbitrio dei magistrati.

V'è un'ultima opinione, secondo la quale " se la procura " fosse stata data per meno di dieci anni — termine a cui " la nostra legge sostituì quello di sei anni — la domanda

“ in dichiarazione d'assenza sarebbe ammissibile *quattro* “ *anni dopo il termine fissato per la durata della procura* „ (1): e dovrebbe dirsi, tre anni dopo il detto termine, secondo il nostro codice. Si afferma che questa opinione si appoggi *allo spirito della legge;* ma confessiamo, quanto a noi, di non sapere scorgere su che tale affermazione possa fondarsi. Ci sembra invece che l'opinione predetta sia in manifesta contraddizione alla lettera della legge, facendo decorrere il tempo per poter proporre la domanda in dichiarazione di assenza dallo spirare del termine della procura lasciata dall'assente, mentre il testo lo fa decorrere invariabilmente dal cominciamento della presunzione di assenza, come risulta dall'art. 22 del nostro codice, ossia *dal giorno in cui l'assente scomparve o da quello delle ultime notizie di lui,* com'era detto negli articoli 115 e 121 del codice francese.

154. — Ciò che l'art. 22 del nostro codice richiede, perchè sia protratto da tre a sei anni continui di assenza presunta il tempo, di cui è necessario il decorso per l'ammissibilità della domanda in dichiarazione di assenza, è solo che l'*assente abbia lasciato un procuratore per amministrare*. Basta quindi l'esistenza del mandato al momento in cui è cominciata l'assenza, ancorchè durante questa il mandato siasi estinto per rinunzia, per incapacità sopravvenuta, o per morte del mandatario, od ancorchè neppure abbia avuto mai alcun effetto per essersi il mandatario rifiutato di accettare l'incarico, o perchè sia morto prima d'averlo assunto. Questa interpretazione grammaticale del testo è confermata dal confronto col precedente articolo 21, in cui trattandosi dei provvedimenti per la presunta assenza si stabilisce che il tribunale può ordinare tali provvedimenti “ *se non vi è alcun procuratore* „ e che invece “ *se vi è un* “ *procuratore* „ il tribunale “ provvede soltanto per gli atti

(1) V. Zachariae, t. I, § 151, n^a 5; Aubry e Rau, t. I, § 151, n^a 6.

" che non possono farsi dal procuratore stesso in forza del " mandato o della legge „. Qui dunque si suppone l'esistenza attuale e l'effettivo esercizio del mandato al tempo nel quale il tribunale pronuncia sui provvedimenti richiesti; mentre nell'art. 22 si dichiarano necessari sei anni continui di assenza presunta, affinchè si possa domandare al tribunale la dichiarazione di assenza, solo che l'assente *abbia lasciato un procuratore;* riferendosi manifestamente con ciò al momento in cui l'assenza è incominciata. E colla lettera concorda poi lo spirito della legge; essendo evidenti i motivi di differenza tra l'un caso e l'altro. Allorchè si tratta di nominare chi rappresenti il presunto assente in determinati atti, o di dare altri provvedimenti necessari alla conservazione del patrimonio di lui, poco importa ch'egli abbia lasciato un procuratore al momento in cui l'assenza è cominciata, se il mandato non sia stato accettato, o per qualunque causa sia venuto ad estinguersi. Lo scopo è d'impedire che il patrimonio dell'assente si deteriori, o i diritti che ne fanno parte rimangano pregiudicati per mancanza di chi rappresenti l'assente in determinati atti. Il bisogno dei relativi provvedimenti sussiste senza dubbio, ancorchè l'assente, al tempo in cui si rese tale, abbia lasciato un procuratore, se poi questi non ha accettato il mandato, o dopo averlo assunto ne ha cessato per morte o per incapacità.

Quando invece si tratta della dichiarazione di assenza, il motivo per cui l'esistenza d'una procura dell'assente ritarda l'ammissibilità della relativa domanda, è che costituendo quella procura egli ha dimostrato l'intenzione di rimanere lungo tempo lontano; e che d'altra parte avendo egli provveduto alla cura de' propri interessi nel luogo da cui si assentava, trova in ciò spiegazione il fatto che non abbia mandato sue notizie, e rendesi dunque necessario il decorso di un tempo assai più lungo, affinchè sia consolidata abbastanza la presunzione di morte dell'assente per dar luogo ai gravissimi effetti che derivano da quella dichiarazione giudiziale. Or questi motivi si verificano certamente

per la sola circostanza che l'assente abbia costituito un procuratore, lasciando esistente questo mandato al momento in cui cessò di comparire nel luogo d'ultimo suo domicilio o d'ultima sua residenza, o in cui diede le ultime sue notizie. Che importa se poi il mandato non abbia avuto od abbia cessato di avere effetto, perchè il mandatario non lo abbia accettato, o sia morto prima di assumerlo, o dopo averlo esercitato per qualche tempo, ne abbia cessato per morte, o per incapacità, o per rinunzia? Questi fatti possono essere stati ignorati dall'assente, il quale perciò non abbia provveduto in altro modo ai propri interessi. Pertanto l'aver egli costituito un procuratore per l'amministrazione de' suoi beni prima di assentarsi rimane a dimostrare il proposito ch'egli aveva di star lontano per un tempo non breve; ed essendo presumibile che gli sia rimasto ignoto il bisogno di sostituire un altro procuratore a quello che aveva nominato, la continuata mancanza di notizie dell'assente non può dare maggior sospetto della sua morte che se il procuratore da lui lasciato avesse di fatto assunte e proseguisse ad esercitare le sue funzioni.

Abbiamo supposto perciò che al momento di allontanarsi dall'ultimo suo domicilio o dall'ultima sua residenza, od al momento delle ultime sue notizie, l'assente *abbia lasciata esistente* una procura per l'amministrazione de' suoi beni, e che solamente dopo il procuratore abbia rifiutato il mandato, o vi abbia rinunziato, o sia divenuto incapace, o sia morto. Chè se l'assente, prima d'allontanarsi, avesse ricevuta la dichiarazione del procuratore, ch'egli aveva costituito, di non accettazione o di rinunzia del mandato, od avesse saputo essere avvenuta la morte del mandatario, od essersene verificata la incapacità, non sarebbe certamente applicabile per l'ammissibilità della domanda in dichiarazione di assenza il più lungo termine di sei anni stabilito dall'articolo 22 del codice civile. In simili casi infatti nè la lettera nè lo spirito di questa disposizione potrebbero invocarsi. *L'assente non avrebbe lasciato un procuratore*, poichè

fin prima che l'assenza cominciasse il mandato sarebbe rimasto privo d'ogni effetto giuridico; e d'altra parte, essendo ciò stato noto all'assente medesimo, l'esser egli scomparso senza più dare sue notizie, e senz'avere provveduto altrimenti all'amministrazione del proprio patrimonio, alla cura de' propri interessi, darebbe giustamente luogo a potersi dichiarare l'assenza dopo il termine ordinario di soli tre anni, non differendo sostanzialmente il caso da quello dell'assente che sia scomparso senz'aver fatto mai alcun atto di costituzione d'un procuratore.

Non vi è bisogno di dire che sebbene l'avere l'assente lasciato un procuratore per amministrare ritardi fino al compimento di sei anni continui di assenza presunta la proponibilità della domanda per la dichiarazione giudiziale, non ostante che il mandato non abbia poi avuto effetto o siasi estinto, non rimangono però abbandonati senz'alcun provvedimento durante quel maggior tempo gl'interessi dell'assente. È troppo chiaro che mentre non si fa luogo alla dichiarazione giudiziale continua la presunzione di assenza; e non essendovi alcun procuratore in esercizio attuale di funzioni, che rappresenti l'assente negli atti occorrenti per l'interesse di lui e ne curi la conservazione del patrimonio, si fa luogo all'applicazione dell'articolo 21; e le persone ivi indicate possono fare istanza al tribunale affinchè nomini chi rappresenti l'assente, o dia gli altri provvedimenti che siano necessari.

155. — L'ipotesi prevista nell'art. 22 colle parole " *ove l'assente abbia lasciato un procuratore per amministrare* " è indubbiamente quella d'un *mandato convenzionale* costituito dall'assente medesimo. È il caso che s'incontra più di frequente, ed è perciò quello che il legislatore ha contemplato. Nondimeno tale espressione in più ampio senso può estendersi pure ad un *mandato legale;* supposta l'esistenza dal quale, non è ancora improprio il dire che abbia *lasciato un procuratore per amministrare* l'assente, a cui per la sua incapa-

cità, è dato dalla legge un rappresentante, incaricato della amministrazione de' beni di lui. D'altronde i motivi della disposizione, che richiede il maggior lasso di sei anni di tempo, invece dei tre ordinariamente sufficienti, concorrono nel caso del mandato legale, non meno che in quello del mandato convenzionale. È un minore soggetto a patria podestà od a tutela, od è un interdetto, che ha cessato di comparire nel luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza, senzachè se ne siano avute più notizie. Quale ragione potrebb'esservi per ammettere la domanda in dichiarazione dell'assenza dopo soli tre anni, mentre se ne esigerebbero sei qualora si trattasse di persona maggiorenne e capace, che avesse costituito un procuratore per amministrare? Il mandato legale del genitore esercente la patria podestà o del tutore provvede di certo alla cura degl'interessi dell'assente, al pari d'un mandato convenzionale; e ciò giustifica già in parte che si attenda il decorso di un più lungo periodo di tempo, prima di far luogo ai gravi effetti d'una dichiarazione giudiziale dell'assenza. D'altra parte la persona che è fuori del proprio domicilio, sapendo che vi è chi per legge deve provvedere all'amministrazione de' suoi beni, non aveva a prendersene pensiero; e ciò spiega fino a un certo punto la mancanza di notizie, e la prolungata assenza. La incapacità dell'assente sarebbe anzi piuttosto una circostanza che si aggiungerebbe a spiegare com'egli non avesse dato notizie di sè, ed a giustificare perciò che si richieda il decorso d'un maggiore spazio di tempo prima di far cessare un periodo di carattere puramente conservativo, qual'è quello dell'assenza presunta, per sostituirvi la dichiarazione giudiziale, che produce effetti tanto più importanti, e sotto alcuni aspetti dannosi per l'assente, supposto ch'egli sia ancora in vita. Così, dei pochi autori che hanno prevista la questione ora accennata, nessuno ha contestato che qualora l'assente sia un incapace soggetto a tutela, la domanda di dichiarazione dell'assenza divenga ammissibile soltanto dopo il trascorrimento del più

lungo termine prefisso dalla legge. Invece ha suscitato qualche discordia di opinioni la determinazione del punto da cui debbasi calcolare la decorrenza di questo termine; essendovi stato chi sostenne non potersi dichiarare giudizialmente l'assenza d'un minorenne, se non dopo il giorno in cui egli avrebbe raggiunta la maggiore età (1). A fondamento di questa opinione starebbe il riflesso che, per quanto duri la minorità, è provveduto al governo del patrimonio dell'assente minorenne col mezzo della patria podestà o della tutela. Ma non bisogna dimenticare che nel periodo della dichiarazione d'assenza non è l'interesse dell'assente, sibbene quello dei presunti eredi, o di altri a cui competano sui beni lasciati dall'assente medesimo diritti dipendenti dalla morte di lui, che il legislatore ebbe principalmente in mira. Ora, l'interesse di costoro vuole che non sia differito troppo il tempo in cui essi possano conseguire il possesso e l'amministrazione di beni e diritti che forse già appartengono attualmente a loro, se già siasi verificato l'evento, di cui manca ancora la prova, cioè la morte dell'assente. È appunto perciò che venne reputato necessario prefiggere un limite massimo di tempo, dopo cui sia ammissibile la dimanda per dichiarazione di assenza quand'anche l'assente abbia lasciato un procuratore per l'amministrazione de' suoi beni; il qual tempo era stabilito dall'articolo 122 del codice Francese nel " decorso " d'anni dieci compiti dal giorno in cui l'assente scomparve, " o da quello delle ultime di lui notizie „ e dall'art. 22 del codice italiano è determinato in sei *anni continui di assenza presunta*. Questo limite, che è imposto dalla legge per l'interesse dei presunti eredi nel caso stesso in cui l'assente abbia lasciato un procuratore da lui nominato per l'amministrazione del suo patrimonio, perchè mai potrebb'essere varcato allorchè, in causa della incapacità dell'assente, la amministrazione dei beni di lui fosse affidata ad un rappre-

---

(1) V. Mangin, *Tr. des minorités, tutelles et curatelles*, vol. 1, n. 613.

sentante legale? È poi notevole che una volta ammessa la massima sopra detta pel caso di minorità dell'assente, bisognerebbe estenderla per parità di ragione anche all'altro caso ch'egli si trovasse in istato di tutela per interdizione; ed allora diverrebbe indefinito l'impedimento a chiedere la dichiarazione di assenza, non essendo possibile la rivocazione dell'interdizione finchè, durando l'assenza, e rimanendo incerto perciò se l'assente viva ancora o sia morto, non è supponibile che si provi esser cessata la causa della interdizione stessa; talchè continuando la tutela, ciò dovrebbe sempre fare ostacolo, secondo la teoria sopra cennata, alla proponibilità della domanda in dichiarazione di assenza. Conchiudiamo pertanto che anche quando l'assente sia costituito in istato di tutela per minorità o per interdizione, la dichiarazione giudiziale di assenza non può essere promossa che dopo i sei anni prefissi dall'art. 22 del codice civile pel caso in cui l'assente abbia lasciato un procuratore per amministrare; ma trascorso quel tempo è poi sempre ammissibile, senza dover attendere la scadenza del tempo in cui l'assente avrebbe raggiunto la maggiore età (1).

156. — La legge richiede il decorso di *tre anni continui di assenza presunta, o di sei, ove l'assente abbia lasciato un procuratore ad amministrare*, per l'ammissibilità della domanda, che venga presentata al tribunale, affinchè l'assenza sia dichiarata.

Confrontando questa disposizione dell'art. 22 con quella del precedente articolo 20, ove è detto *presumersi assente la persona, che abbia cessato di comparire nel luogo del suo ultimo domicilio, o dell'ultima sua residenza, senza che se ne abbiano notizie*, ne risulta chiaramente che se, anche non ricomparendo l'assente, giungano però notizie, le quali accertino l'esistenza di lui, cessa in quel momento la presunzione

(1) V. Demolombe, t. II, n. 51.

di assenza, e viene quindi a mancare la *continuità* che è supposta nell'articolo 22.

Ma se altre notizie simili non succedano poscia a quelle, riprenderà un nuovo corso il periodo di tre o di sei anni, dopo cui divenga ammissibile la domanda per la dichiarazione giudiziale dell'assenza? Qualche dubbio può esservi intorno a ciò. Secondo la letterale disposizione dell'art. 20, sarebbe sostenibile che dal giorno, in cui per le notizie avute fosse accertato essere ancora in vita l'assente, ricominciasse immediatamente la presunzione di assenza; la quale perciò continuando per altri tre, o sei anni secondo i casi, per mancanza di notizie ulteriori, desse luogo alla dichiarazione giudiziale. Supposto che la persona sia da prima scomparsa dal luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza, nè più vi sia ritornata, non si verifica — così potrebbesi argomentare — alcuna interruzione relativamente a questo primo requisito della presunzione di assenza. Una interruzione è avvenuta, all'opposto, quanto all'altro requisito della mancanza di notizie, poichè si suppone che ne siano giunte; ma se altre non ne vengono dopo, ricomincia il concorso d'ambedue le condizioni da cui dipende la presunzione di assenza; e trascorso in questo stato di cose il tempo stabilito dall'articolo 22, questo diviene applicabile. In tal senso era espressamente disposto nell'articolo 121 del codice francese, secondo cui nel caso che l'assente avesse lasciata una procura per l'amministrazione de' propri beni, l'istanza per la dichiarazione di assenza poteva essere promossa “ dopo il decorso d'anni dieci “ compiti, dal giorno in cui l'assente scomparve, *o da quello* “ *delle ultime di lui notizie* „.

L'articolo 22 del nostro codice non è però formulato in identici termini, e parla invece semplicemente di tre o sei *anni continui di assenza presunta*. Dovendosi perciò ricorrere necessariamente, come già abbiam notato, al precedente articolo 20, non è poi così sicuro, come appare a prima vista, l'argomentare che le notizie avutesi dell'assente non

abbiano prodotta alcuna interruzione in ordine al primo e fondamentale requisito dell'assenza presunta, che è *la scomparsa* della persona dall'ultimo suo domicilio o dall'ultima sua residenza. Bisogna ammettere, a questo proposito, che tale *scomparsa* non dev'essere intesa come semplice allontanamento dal luogo di domicilio o di residenza, ma nel senso che il non essersi la persona fatta più vedere in quel luogo sia accompagnato da un complesso di circostanze, le quali producano una ragionevole incertezza della esistenza di lei (1). Ora le notizie, che si siano avute posteriormente alla scomparsa, producono indubbiamente una interruzione rispetto a ciò; essendo per esse accertato che l'assente viveva ancora nel tempo a cui quelle notizie si riferiscono. È dunque indispensabile che si ricostituiscano ambidue gli estremi dell'assenza presunta, a norma dell'art. 20, affinchè dopo il decorso ulteriore di tre o di sei anni continui di tale assenza, possa esserne chiesta la dichiarazione giudiziale. Nè basta la mancanza per tutto questo tempo di altre notizie, nè il fatto di non essere ritornato l'assente al luogo di ultimo suo domicilio o d'ultima sua residenza; se altre circostanze non si aggiungano, le quali, a prudente giudizio del tribunale, rendano veramente incerto se l'assente viva ancora o no.

Così, a nostro modo di vedere, e secondo lo spirito delle disposizioni del nostro codice, il solo decorso di tre o di sei anni *dopo le ultime notizie*, che si fossero avute dell'assente, non darebbe luogo di pien diritto a doversi dichiarare ammissibile l'istanza per la dichiarazione giudiziale dell'assenza; ma dipenderebbe dall'apprezzamento discretivo delle circostanze di fatto il determinare da qual momento, dopo le avute notizie, fosse incominciata una vera incertezza sulla esistenza dell'assente, per computare da quel momento il periodo di tre o di sei anni, dopo cui la domanda della

---

(1) V. sopra, n. 140, p. 484, 485.

dichiarazione d'assenza potesse essere ammessa. Certamente, non potrebbesi ritenere che il sopraggiungere notizie dell'assente, dopo che egli cessò di comparire nel luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza, impedisse per sempre di promuovere la dichiarazione d'assenza. Ciò sarebbe troppo manifestamente contrario allo spirito della legge, ed in contraddizione anche colla disposizione dell'art. 26, § 2°; dove parlandosi della immissione in possesso, ch'è effetto appunto della dichiarazione di assenza, se ne attribuisce il diritto a coloro che sarebbero stati eredi legittimi dell'assente s'egli fosse morto *nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza*. Ma d'altra parte, non essendovi nel codice nostro alcuna disposizione che *dalle ultime notizie* dell'assente faccia decorrere il termine, scorso il quale sia ammissibile la domanda per la dichiarazione giudiziale; è naturale che i *tre anni od i sei di assenza presunta*, dei quali parla senza fare alcuna distinzione l'articolo 22, non possano computarsi fuorchè dal giorno in cui, dopo le notizie le quali abbiano accertata l'esistenza dell'assente in un determinato tempo, sia ricominciato quel dubbio che è caratteristico appunto della presunzione di assenza, e che derivando dal complesso delle circostanze particolari di fatto in ciascun caso, costringe a deferire interamente all'apprezzamento discretivo dei giudici. In questi concetti sembra che concordi sostanzialmente l'opinione d'un commentatore, il quale dopo avere osservato che il codice italiano non risolve espressamente il dubbio, se dopo le notizie, che siano pervenute dell'assente, riprenda immediatamente corso il periodo dell'assenza presunta per gli effetti dell'articolo 22, espone l'avviso suo colle parole seguenti:

" Io non nego in modo assoluto che non sia per riassu-
" mersi il periodo dell'assenza, che partendo dalla notizia
" ricevuta vada a compiersi dopo altri tre o sei anni di
" silenzio; ma dico che ciò che assai dipende dal fatto,
" dalla qualità delle notizie, dalla condizione che si è sco-

" perta del presunto assente, dal carattere stesso dell'uomo,
" e da altre circostanze „ (1).

È necessaria, per altro, un'avvertenza importante. Quand'anche si tratti d'una domanda riguardante la dichiarazione d'assenza d'una persona, della quale siansi avute notizie posteriormente alla scomparsa di lei dall'ultimo suo domicilio o dall'ultima sua residenza, non si può mai confondere la decisione che il tribunale deve pronunciar prima *sull'ammissibilità* di tale domanda, coll'altra che avrà da proferire *in merito*, qualora abbia riconosciuta l'ammissibilità, e dopo aver assunte le informazioni prescritte dall'art. 23 del codice civile. Per giudicare nel caso predetto se si verifichi la condizione richiesta dall'art. 22, che siano trascorsi *tre o sei anni continui di assenza presunta*, il tribunale dovrà certamente fondare la sua decisione sovra un apprezzamento discretivo delle circostanze verificatesi posteriormente alle notizie pervenute dell'assente, per stabilire se ne risulti abbastanza dimostrata la incertezza dell'esistenza di lui, incertezza che abbia continuato per tutto il tempo stabilito dalla legge. Ma questa ricerca preliminare, ed avente per solo scopo la dichiarazione di ammissibilità od inammissibilità della domanda, è certamente ben lontana dall'equivalere a quelle indagini più ampie e più rigorose, che in seguito all'ammissione della istanza, ed alle informazioni giudiziali da assumersi, divengono poi necessarie per proferire la decisione che dichiari l'assenza.

157. — Quali sono le persone da cui *può chiedersi al tribunale che l'assenza sia dichiarata?* A questa domanda risponde con una disposizione precisa l'art. 22, che tante volte abbiamo citato, designando " i presunti eredi legit-
" timi, ed in loro contradditorio i testamentari, e chiunque
" creda di avere sui beni dell'assente diritti dipendenti
" dalla morte di lui „. È notevole la diversità in confronto

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 22, vol. I, § 141, p. 208.

del precedente art. 21, in cui la facoltà di promuovere i provvedimenti *per la presunta assenza* è attribuita *agl'interessati* in generale, agli *eredi presunti*, ed al *ministero pubblico*. Qui invece non si parla più genericamente di persone aventi interesse, ma di *coloro che abbiano o credano di avere sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla morte di lui;* si menzionano *i presunti eredi legittimi*, ma di fronte a loro ed in contraddditorio, si ammettono pure a poter fare l'istanza gli *eredi testamentari* dell'assente; e non si attribuisce al ministero pubblico l'ufficio di promuovere la dichiarazione di assenza. Delle quali differenze non è difficile, per poco che si rifletta, di scoprire i motivi. Non si è più in quello stadio dell'assenza in cui non altro si ha in mira che di provvedere alla rappresentanza dell'assente in quegli atti nei quali essa sia necessaria, e di assicurare la semplice conservazione del patrimonio di lui. Si tratta del passaggio ad uno stadio nuovo, nel quale ai provvedimenti meramente conservativi e parziali si vuole sostituire un'amministrazione più regolare e completa, affidata a quelle persone a cui spetterebbero i beni lasciati dall'assente, supposto che si fosse verificato l'avvenimento, ormai divenuto tanto più probabile, della morte di lui; alle quali persone si concede quindi il diritto della immissione in possesso, prima temporaneo e poscia definitivo, dei beni medesimi. È naturale perciò che la dichiarazione d'assenza, destinata ad inaugurare questo nuovo stato di cose, non possa essere domandata da chiunque abbia un interesse legittimo a far dare un rappresentante all'assente per certi atti, od a far provvedere alla conservazione del patrimonio di lui; ma solamente a chi abbia diritti di successione od altri da esercitare sui beni costituenti quel patrimonio, subordinatamente al caso della morte dell'assente. È giusto che l'istanza possa farsi non solo dagli eredi legittimi, ma dai testamentari; perchè, se l'assente ha lasciato un testamento, sono gli eredi istituiti, che hanno diritto eventuale ai beni della eredità, non facendosi

luogo alla successione legittima, se non quando manchi in tutto od in parte la testamentaria (art. 720, codice civile). È ragionevole, infine, che non si deferisca al ministero pubblico l'azione per provocare la dichiarazione di assenza; giacchè questa ha per iscopo l'interesse privato di persone capaci, aventi diritti dipendenti dalla morte dell'assente, da esercitare sui beni di lui, e non già la semplice protezione dell'assente medesimo e la conservazione del suo patrimonio. All'assente ed a coloro che hanno interesse a fargli nominare un rappresentante per determinati atti, o ad impedire che se ne disperdano o se ne deteriorino i beni — quali sono, per esempio, i creditori dell'assente medesimo, coloro che abbiano contratta con lui una società, o gli abbiano affittati beni, e in generale quelli tra i quali e l'assente esistano relazioni di semplice obbligazione personale — bastano i provvedimenti che la legge ha stabiliti per la presunzione di assenza; lo stadio ulteriore della dichiarazione giudiziale non riguarda l'interesse loro, ma quello delle persone alle quali per l'ipotesi della morte, che possa essersi verificata dell'assente, competano diritti reali da esercitarsi sui beni ch'egli ha lasciati.

Il codice francese (art. 115), e ad imitazione di esso, quello pel regno delle Due Sicilie (art. 121), davano invece la facoltà d'invocare la dichiarazione di assenza alle *parti interessate*. Ma questa espressione generica aveva dato luogo a discordi opinioni nell'interpretarla. Vi era chi, intendendola alla lettera, vi reputava comprese tutte quelle stesse persone le quali, secondo il precedente articolo 112 del codice francese, potevano promuovere i provvedimenti per la presunta assenza, e quindi fra gli altri anche *i creditori dell'assente* (1). Altri, all'opposto, sostenevano che sotto il nome di *parti interessate* dovessero intendersi *i soli*

(1) V. De Moly, *Tr. des absents*, n. 262-284; Plasman, *Cod. et tr. des absents*, t. I, p. 97.

presunti eredi dell'assente, avuto riguardo al tempo della scomparsa o delle ultime notizie di lui, ovvero i loro successori, se quelli fossero premorti allorachè si facesse luogo alla domanda per dichiarazione di assenza; e ciò pel motivo che tale dichiarazione si chiede appunto “ per far “ giungere al possesso dei beni lasciati dall'assente coloro “ che li prenderebbero s'egli fosse morto „ (1). Il maggior numero degli autori adottavano l'opinione intermedia, che nella espressione di *parti interessate* si fosse inteso di comprendere tutte quelle persone le quali, giusta il successivo art. 123 del codice francese, potevano, in seguito alla dichiarazione di assenza, chiedere la immissione in possesso dei beni; e quindi non solo gli eredi presuntivi, ma ancora i legatari universali, o a titolo universale, o a titolo particolare, i donatari, e generalmente tutti coloro che avessero sui beni lasciati dall'assente diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui (2).

Il codice parmense (art. 1050, 1051) menzionava i soli *presunti eredi* dall'assente come quelli che potessero ricorrere al tribunale affinchè fosse dichiarata l'assenza; seguendo così l'insegnamento del *Locré*. Il codice Albertino (art. 79) e il codice Estense (art. 44) dichiaravano competere il diritto di domandare la dichiarazione d'assenza “ *agli eredi presuntivi legittimi, agli eredi presuntivi scritti* “ *in un testamento pubblico, ed a chiunque avesse sui beni* “ *dell'assente ragioni dipendenti dal fatto della di lui morte* „.

Era così la dottrina più recente che facevasi strada in questi codici; e il loro esempio fu imitato dal legislatore italiano nella disposizione del surricordato art. 22; la quale nondimeno contiene, in confronto di quelle dei codici sopra citati, Albertino ed Estense, qualche differenza che avremo appresso occasione di rilevare.

---

(1) V. Locré, *Le code civil*, art. 115; Marcadé, art. 115, t. I, n. 351.

(2) V. Toullier, t. I, n. 399; Duranton, t. I, n. 416; Proudhon et Valette, t. I, c. XX, s. II, § I, n^a^ b; Demolombe, t. II, n. 59; Aubry e Rau, t. I, § 151, n. 7; Laurent, t. II, n. 157, ss.

Frattanto, prima di entrare a discorrere delle singole categorie di persone, a cui dal predetto articolo del nostro codice è attribuito il diritto d'invocare la dichiarazione d'assenza, è necessario rispondere ad un quesito fondamentale. L'enumerazione contenuta in quell'articolo è dessa da riguardarsi come *tassativa*, o come semplicemente *dimostrativa?* Non sembra da esitarsi, in principio, ad accogliere la prima opinione. Questa, della dichiarazione di assenza, è una istituzione di mero diritto positivo. Dalla legge sola pertanto derivando a determinate persone il diritto di promuovere quella dichiarazione, è conseguente che non altri possano invocarla fuor di quelli che dalla legge medesima furono espressamente designati.

Nondimeno bisogna guardarsi dall'esagerare le conseguenze di tale massima. Il diritto conceduto dalla legge alle persone predette non è di quelli che sono da considerarsi come *esclusivamente inerenti alle persone* medesime. Esso è un mezzo indispensabile per conseguire più tardi l'immissione in possesso dei beni lasciati dall'assente, o l'esercizio delle ragioni eventuali che taluni abbiano sui beni medesimi subordinatamente al caso della morte dell'assente (art. 26, cod. civ.). Or queste ragioni eventuali, di successione od altre, sono d'interesse meramente pecuniario, hanno un carattere essenzialmente patrimoniale, e sono quindi trasmissibili. Ragion vuole adunque che trasmissibile sia pure il diritto di promuovere la dichiarazione di assenza; altrimenti si cadrebbe nell'assurdo di trovare persone a cui potrebbe competere il diritto di farsi dare il possesso dei beni dell'assente, senza che però avessero in loro potere il mezzo per conseguire questo intento. Così, in mancanza di eredi testamentari, il diritto di chiedere il possesso dei beni dell'assente spetta a coloro che ne sarebbero stati eredi legittimi s'egli fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza (art. 26, § 2°, codice civile). Se quegli eredi siano morti durante l'assenza del loro autore, i diritti eventuali ch'essi avevano alla ere-

dità dell'assente si saranno trasmessi ai loro successori; i quali perciò sono espressamente ammessi dalla citata disposizione all'immissione in possesso dei beni dell'assente medesimo. Costoro devono pertanto aver diritto essi pure a promuovere la dichiarazione di assenza. Se non fosse così, l'istanza non sarebbe probabilmente fatta da altri, che non vi avrebbero reale interesse; e in mancanza della dichiarazione di assenza, essi, che sono i veri interessati, non potrebbero conseguire mai il possesso dei beni (1).

Così pure, i creditori dei presunti eredi legittimi dell'assente, o di coloro che sui beni di lui abbiano diritti dipendenti dalla sua morte, possono in nome di quei loro debitori, conformemente alla massima stabilita nell'art. 1234, codice civile, domandare la dichiarazione d'assenza; perchè i diritti eventuali dei debitori medesimi sui beni lasciati dall'assente sono patrimoniali, trasmissibili, soggetti quindi alle azioni dei creditori; e perchè questi hanno perciò un interesse legittimo ad ottenere pei loro debitori il possesso di quei beni, che non è possibile conseguire se non preceda la dichiarazione di assenza (2).

Tra le persone, che l'art. 22 del codice espressamente ammette a poter domandare al Tribunale che l'assenza sia dichiarata, occupano il primo posto *i presunti eredi legittimi;* siccome quelli, che chiamati dalla legge stessa alla successione della persona assente, sono i più naturalmente e direttamente interessati a tale dichiarazione.

Anche nella disposizione, che abbiamo sopra ricordata del codice albertino, parlavasi di *eredi presuntivi legittimi.* E quantunque nelle discussioni sul progetto di quel codice fosse stata fatta l'osservazione che quelle due qualificazioni degli eredi esprimessero un'identica idea, non potendo esservi erede *legittimo* che non fosse erede *presuntivo;* venne però mantenuta la predetta dizione, come atta ad esprimere

---

(1) V. Marcadé, art. 115, § II, t. I, n. 351.
(2) V. Demolombe, t. II, n. 61.

più chiaramente il concetto del legislatore, che voleva concedere la facoltà di promuovere la dichiarazione d'assenza a tutti *gli eredi* dell'assente, tanto *legittimi* quanto *testamentari*, e perciò, dopo gli *eredi presuntivi legittimi*, si menzionavano pure gli *eredi presuntivi scritti in un testamento*. Ciò fa suggerire un'altra riflessione, che forse non manca di qualche importanza. O si fondino le ragioni eventuali alla successione dell'assente sulle disposizioni testamentarie di lui, o sulla disposizione di legge, non sarebbe possibile mai presentarsi colla qualità vera e certa di *erede dell'assente;* poichè ciò supporrebbe dimostrata l'apertura già verificatasi della successione di lui, e quindi la sua morte, mentre invece è caratteristica dell'assenza, in ogni suo stadio, la incertezza dell'esistenza dell'assente. Chi dunque si presenta per domandare che l'assenza venga dichiarata non può essere che *erede presuntivo*, pel caso cioè che siasi avverata la morte, tuttora incerta, della persona che è scomparsa dal suo ultimo domicilio o dall'ultima sua residenza senz'aver più date notizie di sè.

Da ciò si comprende poi agevolmente che sotto la denominazione di *presunti eredi legittimi* si devono anche qui — come per la presunta assenza — intendere compresi solamente coloro che sarebbero chiamati per legge alla successione dell'assente, supponendo avvenuta la morte di lui nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza; ovvero i successori di tali eredi, qualora questi pure sian morti dopo cominciata l'assenza del loro autore (1). È infatti al giorno della scomparsa o dell'ultima notizia dell'assente, che si riporta sempre quella incertezza sulla esistenza di lui, che è caratteristica dell'assenza; è in relazione a quel giorno che devono essere stabiliti i diritti, al cui esercizio si faccia luogo sul patrimonio che l'assente abbia lasciato; è quindi a quel medesimo giorno che devesi avere riguardo per determinare quali siano le persone

(1) V. sopra, n. 143, p. 513.

aventi eventualmente diritto alla successione dell'assente medesimo, le persone che potranno perciò più tardi, dopo che l'assenza sia dichiarata, domandare al tribunale la immissione nel possesso temporaneo dei beni (art. 26, § 2°, codice civile). E poichè questa immissione appunto costituisce ordinariamente lo scopo che si propone di conseguire chi chiede la dichiarazione di assenza, e n'è ad ogni modo l'effetto principale; solamente coloro che sarebbero eredi legittimi dell'assente, supposto ch'egli fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza, potranno dunque considerarsi come aventi interesse legittimo alla dichiarazione dell'assenza, ed aventi quindi il diritto d'invocarla.

Vengono in secondo luogo, giusta l'art. 22, *gli eredi testamentari* dell'assente. Intorno a che veramente potrebbesi opporre qualche difficoltà per le considerazioni che altrove abbiamo esposte, e per le quali reputammo non potersi parificare gli eredi testamentari ai legittimi nella facoltà d'invocare dal tribunale, giusta l'art. 21 del codice civile, i provvedimenti che occorrano pel presunto assente (1).

Gli eredi testamentari — così si obbietterebbe anche qui — *non possono esser noti legalmente* prima che la dichiarazione d'assenza sia pronunciata, giacchè solamente sei mesi dopo la seconda pubblicazione della sentenza si farà luogo ad *ordinare l'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente* (art. 26, § 1°, cod. civ.). Come può dunque la legge riconoscere in questi eredi la qualità necessaria per fare istanza affinchè si pronunci quella dichiarazione? È incontestabile il fondamento che una simile argomentazione avrebbe nello stretto rigore dei principii. Ma il legislatore non ha potuto prescindere da altre considerazioni, le quali consigliavano e giustificavano la massima opposta, che egli ha quindi adottata. Gli eredi testamentari sono i

---

(1) V. sopra, n. 143, p. 513-517.

primi ai quali si accorda, com'era naturale, il diritto alla immissione in possesso temporaneo dei beni lasciati da colui che sia dichiarato assente (art. 26, § 2°, cod. civ.). È impossibile quindi il negare ch'essi abbiano un interesse legittimo a promuovere questa dichiarazione, senza la quale non potrebbero conseguire il possesso di quei beni, amministrarli e goderne in tutto o in parte, secondo i casi, le rendite. D'altra parte, se ad essi non fosse permessa una tale domanda, potrebbesi anche verificare che nessun altro la proponesse, o per mancanza o per negligenza degli eredi legittimi, o perchè essi medesimi sapendo esservi un testamento che li spogliasse della eredità, non volessero interessarsi d'un provvedimento i cui effetti tornerebbero a vantaggio d'altri, e non di loro. Gli eredi testamentari non sono ammessi dall'art. 21 del codice civile a provocare dal tribunale i provvedimenti per la presunta assenza, perchè da un lato non potendo essi somministrare prova legale dell'allegata loro qualità, per essere vietato generalmente di dare pubblicità ad atti d'ultima volontà prima che sia accertata la morte del testatore, non era conveniente dall'altro il permettere che sovra semplici presunzioni o notizie estralegali di disposizioni testamentarie, che si dicessero fatte dall'assente, potesse taluno ingerirsi negli affari d'una persona di recente scomparsa, e della quale, sebbene ne manchino notizie positive, è ancora molto probabile l'esistenza. La condizione delle cose varia però d'assai quando l'assenza è già durata per tre o per sei anni continui, e si può quindi far luogo a dichiararla giudizialmente. Allora la presunzione di morte dell'assente ha acquistata una consistenza sempre maggiore; e d'altra parte importa, non solo pei privati che abbiano interessi nel patrimonio lasciato dall'assente, ma pure pel bene generale, che si esca da quell'ordine meramente conservativo che è proprio dei provvedimenti ammessi nello stadio dell'assenza semplicemente presunta, per dare al patrimonio dell'assente un'amministrazione più regolare e completa, e far luogo,

almeno temporaneamente, all'esercizio di quei diritti che altri abbiano sui beni medesimi; diritti eventuali veramente, perchè subordinati al caso della morte dell'assente, ma forse già verificatisi in fatto, poichè la probabilità di quel caso è ormai di molto aumentata. Nessuna meraviglia pertanto che in tale stato di cose si conceda agli eredi testamentari di fare istanza per la dichiarazione di assenza, mentre non avrebbero potuto invocare dal tribunale i provvedimenti di cui parla l'art. 21. Resta la difficoltà del non potersi somministrare prova legale della qualità di erede testamentario, perchè, secondo le disposizioni del codice civile, di quello di procedura civile, e della legge notarile, non si può pubblicare un testamento, nè rilasciarne copia, se non dopo che sia accertata la morte del testatore, od almeno ne sia già stata dichiarata giudizialmente l'assenza. Ma perchè possa essere proposta l'istanza per tale dichiarazione, la legge non esige veramente che della qualità da cui deriva il diritto di presentarla sia somministrata una prova autentica. Lo dimostra lo stesso art. 22, con una innovazione che contiene all'art. 79 del codice Albertino da cui fu tratto. Ivi attribuivasi il diritto di domandare la dichiarazione d'assenza “ *a chiunque avrà sui beni* dell'as- “ sente diritti dipendenti dalla morte di lui „. Il nuovo codice italiano ha mutata espressione, dicendo invece “ *chiunque creda di avere* ecc. „. Similmente nell'art. 26 si ammette a fare istanza per l'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente *chiunque crede di avervi interesse*. In questa materia della dichiarazione d'assenza non si esige dunque da chi si presenta a domandarla una prova rigorosa e piena della qualità in virtù di cui procede; ma la legge si contenta d'una *credenza bastantemente giustificata*. Spetterà al tribunale apprezzare in fatto, secondo il prudente criterio suo, se sia sufficientemente dimostrata la probabilità che chi fa l'istanza sia veramente erede testamentario dell'assente, od abbia veramente diritti da esercitare sul patrimonio di lui nel caso che ne sia avvenuta

la morte. Di questa disposizione, d'indole veramente eccezionale, è facile d'altronde comprendere il motivo. Nè dalla domanda per dichiarazione di assenza, nè dal procedimento che ne seguirà, possono derivare effetti che arrechino pregiudizio ad alcuno. Si tratta soltanto di *assumere informazioni* — fondandosi sul fatto, che si presuppone accertato, d'un'assenza continuata per tre anni o per sei, secondo i casi — per conoscere se siavi bastante incertezza intorno all'esistenza della persona scomparsa, per doversene dichiarare l'assenza dopo adempite quelle forme tutelari d'ampia pubblicità che la legge prescrive. È solo quando, dichiarata già l'assenza, trascorsi sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza, ed aperti gli atti d'ultima volontà, che vi siano, dell'assente, gli eredi testamentari, o in loro mancanza gli eredi legittimi, o i rispettivi loro eredi chiedano l'immissione in possesso dei beni, o i legatari, o i donatari, o coloro che abbiano sui beni dell'assente altri diritti dipendenti dalla morte di lui domandino d'essere ammessi all'esercizio temporaneo di tali diritti, o il coniuge dell'assente chieda ciò che gli spetti in forza delle convenzioni matrimoniali o per titolo di successione, ed una pensione alimentaria (art. 26, cod. civ.); è solo allora che la istanza implica veramente un danno per altri; e in tal caso non è dubbio che non può bastare una semplice *credenza*, per quanto coonestata, dell'esistenza dei diritti che si allegano, ma di questi dev'essere somministrata prova positiva e piena.

Così, secondo la interpretazione che parrebbe doversi dare all'art. 22 del codice civile, affinchè taluno potesse in qualità di *erede testamentario* dell'assente domandare al tribunale che l'assenza venisse dichiarata, non sarebbe necessario ch'egli somministrasse la piena prova di avere tale qualità, nè il tribunale potrebbe a tal uopo — conformemente alla regola stabilita nel codice civile, in quello di procedura civile, e nella legge sul notariato — ordinare l'apertura e pubblicazione degli atti d'ultima volontà del-

l'assente prima che l'assenza fosse dichiarata e fossero trascorsi i termini stabiliti dall'art. 26; ma per far luogo all'ammissione dell'istanza basterebbe che il tribunale, usando del potere discretivo che gli appartiene per l'apprezzamento delle circostanze di fatto, riconoscesse sufficientemente giustificata la probabilità che il richiedente avesse veramente la qualità allegata di erede testamentario dell'assente.

Una interpretazione diversa è stata data a quella disposizione da qualche commentatore; che ha voluto distinguere fra il testamento *segreto* e il testamento *pnbblico*, sul quale chi chiede la dichiarazione di assenza fondi l'allegazione della qualità di erede testamentario dell'assente: dicendo che nel primo caso la domanda per la dichiarazione di assenza non sarà ammissibile; nel secondo invece il tribunale ordinerà che il notaio dia copia del testamento all'interessato.

" È lo stesso tribunale — ha detto questo scrittore — " che sarà per autorizzare il notaio a rilasciare la copia, " *per evidente analogia col seguente art.* 26. Per fare una " domanda giudiziale, in confronto di altri che possono " contrastarla e ricevono la loro azione dalla legge, è ben " necessario avere un titolo; ma la facoltà di chiedere la " copia del testamento è accordata *a chiunque creda di* " *avervi interesse:* il decreto del tribunale non fa che atte- " stare essere giunto il tempo legale per chiedere la spedi- " zione della copia „ (1).

Per verità, non sapremmo convenire in nessuna delle idee esposte in quest'argomentazione. Si comincia dal distinguere i testamenti pubblici dagli altri. E ciò sarebbe stato giusto secondo il codice Albertino, il quale accordava il diritto di domandare la dichiarazione d'assenza " agli " *eredi presuntivi scritti in un testamento pubblico* „. Con tale disposizione potevasi ritenere che i soli eredi istituiti in un

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 22, vol. II, § 143, p. 211.

testamento pubblico dall'assente avessero facoltà di domandare al tribunale che dichiarasse l'assenza. Ma il codice italiano attribuisce tale facoltà agli *eredi testamentari*, in genere. Come si può escluderne quelli che siano stati istituiti in un testamento olografo, o segreto?

Si afferma che sulla domanda per dichiarazione d'assenza, fatta da taluno che si qualifichi erede testamentario dell'assente, il tribunale potrà ordinare al notaio di rilasciare copia del testamento pubblico al richiedente. Ma com'è possibile ciò, di fronte alle disposizioni concordi del codice civile, di quello di procedura, e della legge sul notariato, che vietano di rilasciare copia d'un testamento, se non sia prodotta la prova della morte del testatore, o dell'*assenza dichiarata* di lui?

S'invoca una *evidente analogia col disposto* dell'art. 26, codice civile. Ma quale analogia può trovarsi in una disposizione che dichiara potersi ordinare l'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente *solamente dopo trascorsi sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza che dichiara l'assenza*, per indurne che si possa ordinare ciò anche *prima che l'assenza sia dichiarata*, anzi sulla semplice proposta della relativa domanda? Tutt'altro che analogia vi è un'aperta contraddizione.

Si dice, in fine, che *il decreto del tribunale non farà che attestare essere giunto il tempo legale per chiedere la spedizione della copia*. Ma come si potrà fare una simile dichiarazione, mentre la legge stabilisce che *il tempo legale* per la spedizione della copia viene soltanto dopo la morte autenticamente provata del testatore, o, secondo l'art. 26 del codice civile, dopo trascorsi sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza con cui egli sia stato dichiarato assente? Ciò non è interpretare, ma rifare a proprio modo la legge. E l'unico mezzo possibile per conciliare la disposizione dell'art. 22 del codice civile colle altre che abbiamo ricordate, sembra quello d'intendere il predetto articolo nel senso da noi indicato, che cioè per ritenere ammissibile

l'istanza, che taluno proponga per la dichiarazione d'assenza, in qualità di erede testamentario, sia sufficiente che il tribunale, per prudente suo apprezzamento, riconosca abbastanza giustificata la credenza, che il richiedente adduca, d'essere istituito erede nel testamento dell'assente.

Tra le persone che possono promuovere la dichiarazione d'assenza, l'art. 22 cita per ultimo *tutti coloro i quali credano di avere sui beni dell'assente diritti particolari dipendenti dalla morte di lui.* Tali sarebbero i legatari, quelli che avessero donato beni all'assente con patto di riversione in caso di premorienza del donatario (art. 1071, cod. civ.), gli aventi la nuda proprietà di beni sui quali spettassero all'assente diritti d'usufrutto, d'uso, d'abitazione, e simili. Il codice albertino disponeva pure nell'art. 79 nel medesimo senso; se non che diceva “ *chiunque avrà* sui beni dell'assente “ ragioni dipendenti dalla condizione della di lui morte „. Il codice italiano ha cangiata l'espressione, sostituendovi l'altra: “ *chiunque creda di avere* sui beni dell'assente diritti “ dipendenti dalla morte di lui „. Sono applicabili intorno a ciò le stesse riflessioni fatte sopra relativamente agli eredi testamentari; per le quali sembra doversi ritenere sufficiente che l'allegazione dei diritti, a cui la domanda si appoggi, abbia una ragionevole apparenza di fondamento; senza che vi sia bisogno di entrare in più profonde indagini sulla esistenza vera di tali diritti, e deciderne. Basta una specie di delibazione circa l'esistenza dei diritti medesimi, per pronunciare *sull'ammissibilità della domanda* in dichiarazione d'assenza; salvo il doversi poi esigere prove positive e piene da chi li allega, e il dover decidere formalmente se quei diritti sussistano o no, allorchè chi li adduce domandi più tardi sul fondamento di essi, dopo che sia stata dichiarata l'assenza e sia trascorso un semestre dalla seconda pubblicazione della sentenza, d'essere ammesso all'esercizio temporaneo dei diritti medesimi, a senso dell'art. 26, § 3°. Può darsi infatti che al tempo della istanza per la dichiarazione d'assenza neppure sia possibile una

precisa constatazione dei diritti allegati; come quando si tratti di chi abbia ragione di credere essere stato disposto in favor suo un legato nel testamento segreto che l'assente abbia lasciato. Alla prudenza del tribunale spetterà il decidere.

158. — I presunti eredi legittimi, i quali ricorrano al tribunale per ottenere la dichiarazione di assenza, non hanno bisogno di agire in contraddittorio di altre persone che rappresentino l'assente.

Il codice francese, quello delle Due Sicilie, l'Albertino e l'Estense prescrivevano che l'istruzione del giudizio per la dichiarazione d'assenza dovesse seguire in contraddittorio del pubblico ministero. Il codice parmense e la legge austriaca ordinavano che, prima di promuovere la istanza, i presunti eredi dovessero far nominare un tutore speciale, o curatore, che nel giudizio da promuoversi difendesse l'assente.

In circostanza della compilazione dei diversi progetti che prepararono il codice attuale, non accadde veruna discussione sulla convenienza o meno di abbracciare l'uno o l'altro dei partiti di cui avevano dato esempio le legislazioni precedenti, ovvero di ripudiarli tutti lasciando che il giudizio per la dichiarazione di assenza seguisse senza contraddittorio di alcuno che difendesse l'assente. Ma che quest'ultima sia stata l'idea preferita dagli autori del nostro codice, sembra risultare manifesto dallo stesso non essersi espressamente disposto che sia necessario procedere in contraddittorio di persona specialmente deputata a rappresentare l'assente, nè in contraddittorio almeno del ministero pubblico. D'altronde le considerazioni, che confortavano ad adottare questo partito, risultavano dalla discussione avvenuta in ordine al progetto del codice Albertino. Esse possono riassumersi nelle seguenti.

La deputazione di un curatore che rappresentasse e difendesse l'assente nel giudizio di dichiarazione non sa-

rebbe altrettanto utile in pratica quanto soddisfacente in teoria. Potrebbe accadere, e forse sarebbe il più spesso, che si nominasse persona non abbastanza informata dei fatti, delle circostanze e delle relazioni dell'assente, perchè l'intervento di essa potesse giovare efficacemente all'interesse di lui. Ciò intanto avrebbe per risultato immediato di accrescere le spese che dal giudizio di dichiarazione d'assenza sarebbero occasionate. Chiamare il Ministero pubblico ad intervenire come parte in rappresentanza dell'assente, non si converrebbe all'indole dell'ufficio che a questo funzionario è affidato; ed esso d'altronde difficilmente raggiungerebbe lo scopo, dovendogli riuscir malagevole l'assumere quelle minute e precise informazioni di fatti particolari, e raccogliere quei documenti che potrebbero giovare a difendere efficacemente l'interesse dell'assente. Quest'interesse poi è già tutelato abbastanza, e l'assente medesimo è posto in condizione di poter provvedere da sè alla propria difesa, ed a troncare il procedimento iniziato. A ciò mirano efficacemente le garanzie di forme, di termini, e specialmente di pubblicità, che la legge ha prescritte in questo giudizio, e senza le quali non potrebbe essere pronunciata la dichiarazione di assenza, ed anche pronunciata non potrebbe poi la sentenza produrre gli effetti giuridici che se ne attendono (1).

Non solo poi il ministero pubblico non deve intervenire per difendere l'assente in contradditorio di coloro che invocano la dichiarazione di assenza, ma nemmeno è chiamato dalla legge a pronunciare in questo procedimento le sue conclusioni.

Mentre però *i presunti eredi legittimi*, chiedenti la dichiarazione di assenza, non abbisognano di agire in contraddittorio di altre persone, invece *gli eredi testamentari, o coloro che credano di avere sui beni dell'assente diritti particolari dipendenti dalla morte di lui*, non possono introdurre

(1) V. Astengo ed altri, op. cit., art. 23, § I, p. 276-278.

una simile istanza fuorchè in *contraddittorio dei presunti eredi legittimi*.

A giustificazione di questa massima, espressamente proclamata nell'art. 22 del codice civile, si è addotto che i presunti eredi legittimi sono considerati dalla legge " come " i naturali rappresentanti dell'assente pel caso che vengano a raccoglierne l'eredità; sicchè ben era logico che " l'istanza per far dichiarare l'assenza si proponesse in " contraddittorio di coloro i quali sono chiamati dalla " legge a rappresentare l'assente al tempo della sua " morte „ (1).

Non sembra però perfettamente esatto quest'ordine d'idee, secondo il quale i presunti eredi legittimi verrebbero qui chiamati in giudizio come rappresentanti la persona di cui si domanda la dichiarazione d'assenza.

Esso si allontana, innanzi tutto, dal sistema che abbiamo visto essere stato adottato dal nostro codice, il quale ha reputato superfluo che il procedimento per la dichiarazione d'assenza segua in contraddittorio di chi sia deputato a rappresentare l'assente. Poi sarebbe incongruo che si delegasse questa rappresentanza ai presunti eredi legittimi, i quali tutt'altro che a combattere la dimanda di dichiarazione d'assenza, hanno interesse a promuoverla essi stessi nel proprio vantaggio, per ottenere poi il possesso temporaneo dei beni dall'assente lasciati. Lo scopo, per cui si vuole che tanto gli eredi testamentari, quanto coloro i quali abbiano diritti dipendenti dalla morte dell'assente, agiscano in contraddittorio dei presunti eredi legittimi, non è dunque di dare all'assente dei rappresentanti, che lo difendano contro la domanda di dichiarazione dell'assenza; ma è d'impedire che la sentenza di dichiarazione, e gli effetti favorevoli che ne seguiranno, si ottengano dagli eredi testamentari o dagli aventi diritti particolari sui beni dell'assente, senza che siano chiamati a difendere le proprie

---

(1) V. Astengo ed altri, op. cit., art. 22, § V, t. I, pag. 272.

ragioni coloro i cui interessi potrebbero esserne ingiustamente pregiudicati.

La qualità di eredi testamentari nei chiedenti può non esser vera, per incapacità del testatore a disporre o degli eredi a ricevere, per nullità di forma del testamento, o perchè esso sia stato rivocato. La pretensione di particolari diritti sui beni dell'assente può non essere fondata. Gli eredi legittimi avrebbero interesse e diritto a contestare queste ragioni illegittimamente accampate, affinchè non ne seguisse, a profitto dei chiedenti, l'esercizio quantunque da principio temporaneo di quei diritti ingiustamente pretesi, ed affinchè, ad ogni modo, non fosse usurpato in loro danno il diritto d'invocare la dichiarazione d'assenza se e quando lo riconoscano essi opportuno al proprio interesse.

159. — In ordine alla dichiarazione d'assenza fu espresso soltanto, nella citata disposizione dell'art. 22 del codice civile, che il pronunciarla spetti *al tribunale*; senza dettare altra norma, che determini più precisamente quale fra i diversi tribunali debbasi ritenere competente. È però manifesto come il legislatore abbia inteso così di riferirsi tacitamente alla regola che in proposito di questa competenza aveva stabilita nell'art. 21 relativamente al caso di presunzione di assenza (1). Nè per verità poteva esservi motivo alcuno di differenza fra l'un caso e l'altro, se forse non si potesse dire esservi anzi maggior ragione di applicare qui la regola che la domanda debbasi proporre davanti il tribunale dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza dell'assente; perchè questi nel procedimento per la dichiarazione di assenza figura in una condizione simile a quella d'un convenuto in giudizio, inquantochè i provvedimenti che si domandano non sono invocati a favore di lui, per proteggerne e conservarne gli interessi, ma piuttosto contro di lui, per immettere poi altri nel possesso dei suoi beni.

(1) V. Astengo ed altri, op. cit., art. 22, § IV, p. 272.

Saranno dunque applicabili anche qui i principii dimostrati nei precedenti numeri 145 e 146; che cioè la competenza spetti, innanzi tutto, al tribunale *dell'ultimo domicilio*, e solo *in difetto di domicilio*, a quello *dell'ultima residenza* dell'assente; che non debbasi avere riguardo alcuno alla situazione dei beni che l'assente abbia lasciati, e di cui più tardi si otterrà la immissione in possesso; che in nessun caso e sotto nessun pretesto si possa mai derogare alla competenza così determinata secondo lo spirito della legge.

160. — Le forme del procedimento per la dichiarazione di assenza sono determinate dagli art. 23, 24 e 25 del codice civile, e completate dalle disposizioni dell'art. 794 del codice di procedura civile; dove è stabilito che sulla domanda per la dichiarazione di assenza il tribunale debba provvedere *in camera di consiglio*, quando tale domanda sia proposta dagli *eredi legittimi*, e debbasi invece procedere nelle forme prescritte pei *giudizi sommari* quando sia proposta da *altri interessati*. Il che si accorda perfettamente colla massima che abbiam visto risultare dall'articolo 22 del codice civile; che, cioè, quando l'istanza sia promossa dai presunti eredi legittimi, essi non abbisognano di procedere in contraddittorio di veruna persona, mentre gli eredi testamentari, e coloro a cui spettino sui beni dell'assente diritti particolari dipendenti dalla morte di lui, non possono agire se non in contraddittorio dei presunti eredi legittimi. Da ciò infatti rimane completamente giustificato che nel primo caso si provveda in camera di consiglio, come avviene in tutte le materie che si trattano senza contradditore (articolo 778, n. 2, cod. proc. civ.), e nel secondo caso invece, essendovi contestazione, si adottino le forme stabilite pei giudizi; salvo che si preferisce il procedimento *sommario*, avuto riguardo alla natura della causa, che esige semplicità di forme e speditezza di definizione. Allorchè sulla istanza per dichiarazione di assenza il tribunale deve provvedere

in camera di consiglio, si procede sovra semplice ricorso da presentarsi, insieme ai documenti relativi, nella cancelleria del tribunale competente, e nei modi determinati dagli articoli 779 al 781 del codice di procedura civile. Quando poi la domanda sia fatta da altri interessati, in contraddittorio dei presunti eredi legittimi, si seguono le norme tracciate negli articoli 390 al 392 del medesimo codice.

Il tribunale investito della domanda per dichiarazione di assenza, o si debba poi trattarne in contradditorio di altri, o no, deve pronunciare previamente sull'*ammissibilità* della domanda stessa (art. 23, cod. civ.). Quest'ammissibilità dipende, innanzi tutto, dal riscontrarsi gli estremi della presunzione di assenza (art. 20, cod. civ.), e dall'essere trascorso, dacchè essa si è verificata, il termine prescritto di tre anni continui, o di sei se l'assente abbia lasciato un procuratore per amministrare (art. 22, codice civ.). Ma la legge non ha certamente potuto intendere di limitare alla verificazione di questi estremi legali l'ufficio, ch'essa ha affidato al tribunale, di riconoscere e dichiarare *se la domanda è ammissibile*, e in tal caso ordinare che siano assunte informazioni. Corrispondentemente alla latitudine indeterminata di tale espressione, essa ha voluto rimettere al prudente apprezzamento del tribunale la valutazione delle circostanze di fatto, le quali nel loro complesso, e qualora vengano poi confermate dalle informazioni da assumersi, possano convincerlo che la presunzione di morte dell'assente sia abbastanza grave per controbilanciare la presunzione contraria, e per giustificare quindi che si proceda a porre, provvisoriamente almeno, le cose in quella condizione a cui dovrebbero addivenire se la morte dell'assente fosse effettivamente accertata. Che se, al contrario, indagando i motivi dell'assenza e le cause che hanno potuto impedire di aver notizie della persona, il tribunale si persuada che la domanda sia intempestiva, essa dovrà rigettarla.

Nè per far ciò il tribunale ha bisogno di ordinare quelle speciali informazioni di cui parla il citato articolo 23 del

codice civile. Ma è dai documenti prodotti, dalle circostanze di fatto che già gli risultano, ch'esso deve desumere gli elementi di convinzione per pronunciarsi sull'ammissibilità, o non, della domanda.

All'opposto, non potrebbe proferire formalmente la dichiarazione di assenza, se prima non avesse ordinate ed effettivamente assunte le informazioni, che la legge esige senza distinzione di casi. Per quanto gravi fossero le apparenze, per quanto probabile potesse sembrare, secondo gli elementi già presentati al tribunale, la morte dell'individuo assente, la legge non permette che si trascurino i mezzi da essa stabiliti per ottenere tutte le notizie possibili, non concede ai giudici di dichiarare che ogni ulteriore informazione sia superflua, e di pronunciare senz'altro la dichiarazione di assenza.

Non è dunque lasciata al tribunale altra facoltà, che quella di rigettare senz'altro la domanda, dichiarandola, nello stato attuale almeno, inammissibile, o di ordinare che si assumano le informazioni nei modi dalla legge stabiliti (1).

Nè questa massima, la quale risulta abbastanza manifesta dal testo medesimo dell'articolo 23, potrebbe soffrire eccezione, quando pure, colla produzione dell'atto di nascita dell'assente, si dimostrasse essere già trascorsi cento anni dal giorno in cui quella nascita avvenne, e le ultime notizie dell'assente risalissero d'altronde a tre anni addietro o più. Questa circostanza potrebbe, è vero, far luogo alla immediata immissione dei presunti eredi nel *possesso definitivo* dei beni dell'assente; ma non toglierebbe la necessità che l'assenza fosse dichiarata, nè cangierebbe le condizioni che l'articolo 23 esige affinchè una tale dichiarazione possa essere emessa (2).

---

(1) V. Demolombe, t. II, n. 63; Aubry e Rau, t. I, § 151, n.ª 11; Laurent, t. II, n. 160.

(2) V. Demolombe, t. 2, n. 63; contr. Proudhon, chap. XX, sect. II, § 4.

Riconosciuta l'ammissibilità della domanda, si procede alla istruzione, le cui forme sono determinate dai detti articoli 23, 24 e 25 del codice civile. Queste forme hanno per fine di stabilire che, nè direttamente nè indirettamente, non si sono avute notizie dell'assente; e colla pubblicità dei provvedimenti emanati dall'autorità giudiziaria, coi termini abbastanza lunghi che devono trascorrere dopo assunte le informazioni e prima che si possa pronunziare sulla domanda, come pure dopo proferita la sentenza stessa e prima che se ne attuino gli effetti, dar modo all'assente di avere notizia dell'iniziato procedimento, e di prevenirne le conseguenze facendo conoscere che vive ancora.

Il tribunale ordina che si assumano informazioni. E questo provvedimento deve essere notificato al procuratore che sia stato lasciato dall'assente, ed alle persone in contradditorio delle quali sia stata proposta la domanda. In ogni caso poi dev'essere pubblicato, mediante affissione alla porta dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza dell'assente, e mediante inserzione, per due volte coll'intervallo di un mese, di un estratto di tale provvedimento nel giornale degli annunzi giudiziari del distretto, e nel giornale uffiziale del regno (art. 23, cod. civ.).

I codici Francese, Napoletano, Albertino ed Estense, ordinavano che le informazioni dovessero seguire *in contraddittorio del Pubblico Ministero*. Non fu riprodotta una disposizione simile nel codice italiano, per quelle stesse ragioni che vedemmo aver consigliato a non prescrivere che agli eredi legittimi chiedenti la dichiarazione d'assenza dovesse essere contradditore necessario il Pubblico Ministero (1).

Nessuna disposizione espressa vi è intorno al modo ed ai luoghi in cui le informazioni debbano essere assunte. Esse possono quindi essere attinte tanto da documenti di qualunque natura ed anche da lettere private, quanto da prove testimoniali. Tutto dipende dal prudente criterio dei giu-

---

(1) V. sopra, n. 158, p. 588, 589.

dici, i quali neppur sono vincolati dalle norme ordinarie quanto alle persone che possano essere sentite come testimoni (1).

Assunte le informazioni, e secondo che le risultanze di esse, apprezzate a prudente criterio dei giudici, inducano o no nell'animo loro la convinzione che duri tuttavia la incertezza sulla esistenza dell'assente, e che, non presentandosi spiegazione appagante della mancanza d'ogni notizia di lui, sia caso di dichiarare l'assenza, il tribunale pronunzia sulla istanza. Nè quand'anche siasi proceduto nelle forme dei giudizi sommari, per essere stata proposta la domanda dagli eredi testamentari dell'assente in contradditorio degli eredi legittimi, è necessario che siano prese le conclusioni dal pubblico ministero; giacchè a termini dell'articolo 346, n. 5, cod. proc. civile tali conclusioni sono richieste nelle *cause che riguardano gli assenti dichiarati*, e qui si tratta invece di assenza che è ancora semplicemente *presunta*, e il giudizio verte appunto sulla domanda per la *dichiarazione da pronunciarsi*. Solo, a tenore dell'ultimo paragrafo, di detto articolo 346 proc. civ. sarebbe in facoltà del pubblico ministero di richiedere la comminazione degli atti, e il tribunale potrebbe anche ordinarla d'ufficio. — La decisione non può essere proferita, se non siano trascorsi almeno sei mesi dalla seconda pubblicazione del provvedimento che ordinava si assumessero le informazioni (art. 24, cod. civ.).

La sentenza stessa che dichiari l'assenza deve poi essere notificata alle persone e pubblicata nei modi, che l'art. 23 stabilisce per riguardo al provvedimento che ordina di assumere le informazioni (art. 25, cod. civ.).

161. — In principio di questa sezione dimostrammo già come la immissione nel possesso, prima temporaneo e poscia definitivo dei beni dell'assente, non sia che una parte, sebbene importantissima, degli effetti che possono derivare

(1) V. Demolombe, t. II, n. 66.

dalla dichiarazione di assenza, e come questa altri effetti produca per virtù propria, indipendentemente dalla predetta immissione in possesso (1). Anzi, volendo stare al massimo rigore di principii, dovrebbesi dire che la immissione in possesso temporaneo e quella in possesso definitivo non sono propriamente effetti diretti della dichiarazione di assenza, come non lo sarebbe neppure l'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente; giacchè tutto ciò non avviene di pien diritto per la sola pronunciazione della sentenza dichiarativa dell'assenza, e nemmeno pel trascorrimento dei sei mesi dopo la seconda pubblicazione della sentenza medesima; ma richiedesi una speciale istanza, proposta dalle persone a ciò autorizzate dalla legge, ed una nuova pronunzia del tribunale, che ordini l'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente, e la immissione dei richiedenti nel possesso de' beni da lui lasciati. Così la dichiarazione di assenza è un precedente indispensabile affinchè possano essere ordinati quei provvedimenti; ma non sono veramente effetti necessari di tale dichiarazione le facoltà di procedere alla apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente, e di porsi gli eredi presuntivi, od altri aventi diritto, nel possesso dei beni di lui; potendo accadere che nonostante la prolazione e pubblicazione della sentenza dichiarativa dell'assenza, nonostante ancora il decorso di sei mesi dalla seconda pubblicazione di quel giudicato, non venga tuttavia aperto il testamento dell'assente, nè il possesso dei di lui beni sia dato ai suoi presunti eredi od altri, ma continuino — non essendo fatte istanze dagli aventi diritto per tali effetti — i provvedimenti medesimi dell'assenza presunta.

Invece altri effetti legali della dichiarazione d'assenza derivano da essa di pien diritto; quali sono l'apertura della tutela dei figli minorenni, che i genitori assenti abbiano lasciati (art. 241, cod. civ.) e lo scioglimento della comunione dei beni che nel contratto matrimoniale sia stata

---

(1) V. sopra, n. 150, p. 539.

stipulata dall'assente col proprio coniuge (art. 1441, codice civile).

Le legislazioni che vigevano nelle diverse parti del regno prima del codice attuale non erano concordi nel determinare il tempo da cui dovessero cominciare gli effetti della sentenza dichiarante l'assenza.

Il codice pel regno delle Due Sicilie (art. 126), seguendo la massima stabilita nel codice Francese (art. 120), ammetteva che *la sentenza definitiva*, pronunciante quella dichiarazione, desse luogo *immediatamente* a poter chiedere la immissione nel possesso provvisionale dei beni che spettavano all'assente al tempo della di lui partenza o delle ultime sue notizie.

Il codice Albertino (art. 84) e l'Estense (art. 49) concedevano una simile facoltà subito *dopo la pubblicazione* della sentenza nelle forme speciali che erano prescritte.

Il codice Parmense (art. 1056) dichiarava che i presunti eredi non potessero ottenere la immissione nel possesso provvisionale dei beni, se non dopo che la sentenza dichiarativa dell'assenza fosse *passata in giudicato*.

Ma nessuna di quelle legislazioni esigeva che dopo pronunziata e pubblicata nelle forme legali la sentenza, avesse a trascorrere ancora un certo tempo innanzi che fossero attuabili gli effetti giuridici della dichiarazione di assenza. Questo sistema fu inaugurato dal codice italiano, il quale dispose nell'articolo 26 che solamente dopo “ trascorsi sei “ mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza che di“ chiara l'assenza „ si possa ordinare l'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente e concedere ai presunti eredi o ad altri interessati la immissione nel possesso temporaneo dei beni di lui, o l'esercizio provvisorio dei diritti che subordinatamente alla morte dell'assente siano attuabili sui detti beni. Della quale disposizione è evidente il motivo; poichè non avrebbe utilità sufficiente la pubblicità solenne, che vuolsi dare, secondo l'articolo 25, alla sentenza, se dopo tale pubblicazione non rimanesse all'assente un congruo tempo

affinchè possa essere informato della pronunzia di quella sentenza, e col ricomparire egli stesso, o col costituire un procuratore per amministrare, o almeno col dare notizia di sè, impedire gli effetti del giudicato, i quali potrebbero essergli gravemente dannosi (1).

E poichè è nello spirito della legge, secondo il detto articolo 26, che solamente dopo passati i sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza la dichiarazione che questa contiene dell'assenza divenga operativa de' suoi effetti, non ci sembra dubbio che ciò debba ritenersi non solo per l'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente, e per l'immissione in possesso temporaneo dei beni, o per l'ammissione all'esercizio provvisorio dei diritti, di cui nello stesso articolo 26 è parlato, ma eziandio per qualunque altro effetto derivabile dalla dichiarazione d'assenza; e che perciò neppure la tutela dei figli minori dell'assente si apra innanzi il compimento di quei sei mesi, nè prima ch'essi siano finiti abbia a reputarsi sciolta la comunione di beni che esista pel contratto matrimoniale tra l'assente ed il suo coniuge.

162. — Pronunciata la dichiarazione d'assenza e trascorsi sei mesi dalla seconda pubblicazione di essa, non si fa però luogo all'immissione immediata dei presunti eredi legittimi nel possesso dei beni, qualora si sappia che l'assente abbia lasciate disposizioni testamentarie. È necessario allora che preceda l'apertura di questi atti d'ultima volontà, per dar luogo all'immissione in possesso a favore degli eredi testamentari, qualora si trovi che l'assente ne abbia istituiti. Di questa massima, che l'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente debba farsi prima della immissione in possesso, avevano dato l'esempio il codice Albertino (art. 84) e l'Estense (art. 49); i quali però limitavano tale disposizione ai *testamenti segreti*. Invece il codice

(1) V. Astengo ed altri, op. cit., art. 26, § I, p. 288.

Francese (art. 123) e quello delle Due Sicilie (art. 129) disponevano che solamente dopo la immissione in possesso ottenuta dagli eredi presuntivi legittimi, gl'interessati, od il pubblico ministero, potessero richiedere l'apertura del testamento che l'assente avesse lasciato. Nel codice italiano non parve adottabile questo sistema, il quale infatti produceva vari e gravi inconvenienti. Innanzi tutto, richiedendosi la previa immissione in possesso degli eredi legittimi, e questa dipendendo necessariamente dalla istanza ch'essi ne facessero, era posto totalmente in arbitrio loro il far luogo, o non, all'esercizio delle ragioni che spettassero alle persone beneficate dall'assente negli atti di sua ultima volontà; del che gli eredi legittimi stessi avrebbero potuto abusare, quando sapessero o fondatamente sospettassero d'essere esclusi dalla eredità in forza delle disposizioni testamentarie. A tale inconveniente la dottrina cercava veramente un riparo, collo stabilire che il pubblico ministero, in virtù della missione attribuitagli di vegliare sugli interessi degli assenti, come di qualunque altra persona incapace, avesse la facoltà di provocare esso la dichiarazione d'assenza e l'apertura del testamento, qualora gli eredi legittimi non promuovessero nè la dichiarazione stessa, nè la immissione in possesso a loro favore (1). Ma per giungere a tale interpretazione occorreva uno sforzo, che accusava la imperfezione della legge.

Oltre a ciò, l'accordar prima il possesso provvisionale agli eredi legittimi poteva porre i beneficati in testamento nella necessità d'intentare contro quelli un'azione giudiziale, e costringeva gli stessi eredi legittimi a restituire i beni già da essi posseduti; le quali cose era opportuno evitare, adottando il sistema più razionale di verificare, innanzi tutto, quali fossero veramente le persone aventi diritto ai beni dell'assente in caso di sua morte, per attribuire poi ad esse, e non ad altri, il possesso (2).

(1) V. Marcadé, art. 123, § III, t. I, n. 369.
(2) V. Astengo ed altri, op. cit., art. 26, § III, p. 289-290.

Nei lavori preparatorii per la compilazione del codice Albertino, il Senato di Piemonte aveva proposto di fare una distinzione fra i *testamenti segreti* ed i *pubblici;* di ammettere per questi ultimi che potesse domandarsene l'esecuzione appena dopo pronunciata e pubblicata la dichiarazione di assenza, ma pei testamenti segreti esigere il decorso d'un tempo non breve — che proponevasi di dieci anni — da computarsi dal giorno di tale dichiarazione, prima che fosse permessa l'apertura di quegli atti d'ultima volontà. Si facevano considerare a tale proposito i gravi effetti derivabili dall'aprire un testamento, che il disponente aveva voluto tenere segreto fino alla sua morte, quando era tuttora incerto s'egli fosse vivente, o no, e quando la presunzione della morte di lui non era ancora giunta ad avvicinarsi, non che toccare, a quel periodo in cui si ammette a favore degli eredi il possesso definitivo.

Fu risposto però a queste osservazioni, che gl'inconvenienti, per quanto gravi possano supporsi, del render pubblico un testamento segreto lasciato da persona di cui non è ancora accertata la morte, sono sempre minori di quelli che risulterebbero dal lasciare ineseguita la volontà del disponente allorchè si tratta di stabilire, almeno provvisoriamente, le cose in quella condizione in cui dovrebbero essere qualora la morte di lui si fosse realmente verificata.

In tal modo si verrebbe per un tempo non breve a preferire persone non aventi alcun diritto, a quelle il cui diritto è fondato sulla volontà del testatore; questa volontà si contrarierebbe sotto il pretesto di rispettarne il segreto; si darebbe luogo ad una ineguaglianza di trattamento, non solo fra gli eredi legittimi ed i testamentari, ma fra i testamentari stessi secondochè il testamento fosse pubblico o segreto; e si renderebbero necessarie due successive e diverse immissioni in possesso (1).

Queste considerazioni, le quali consigliarono a non am-

(1) V. Astengo ed altri, op. cit., art. 26, § III, p. 290-294.

mettere nel codice Albertino la proposta del Senato di Piemonte, indussero pure a stabilire nel codice attuale che, trascorsi i sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza dichiarante l'assenza, il tribunale possa, senz'altro termine in mezzo, ordinare l'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente; e ciò senz'alcuna distinzione circa la forma in cui quegli atti siano stati celebrati, o si tratti di testamento segreto, o pubblico, od olografo. In quest'ultimo caso *il provvedimento dato dal tribunale in conformità dell'articolo* 26 dev'essere unito al processo verbale del deposito del testamento olografo presso un notaio del luogo in cui si è aperta la successione, com'è prescritto nell'articolo 912 del codice civile; e però senza quel decreto del tribunale non può essere ammesso tale deposito. Se il testamento è *segreto,* non può venire aperto e pubblicato, a norma dell'art. 915 del codice civile, se non presentando al notaio il decreto dato dal tribunale in conformità dell'articolo 26, il qual decreto dev'essere unito al processo verbale di apertura e pubblicazione (d° art. 915, § ult., codice civile). Se il testamento è *pubblico,* il provvedimento emanato dal tribunale in conformità dell'art. 26 è ancora necessario affinchè il notaio possa rilasciare la copia del testamento, che le persone in esso beneficate hanno bisogno di produrre per ottenere la immissione in possesso dei beni lasciati dall'assente, o l'ammissione all'esercizio temporaneo di quei diritti che sian loro conferiti dalle disposizioni contenute nel testamento medesimo; giacchè essendo di regola richiesto per la spedizione di tali copie che venga presentato l'estratto dell'atto di morte del testatore (articoli 59 della legge 25 maggio 1879, n. 4900, serie 2ª, e 65 del regolamento 23 novembre 1879, n. 5170, serie 2ª) e ciò non essendo possibile relativamente all'assente, non può esservi altro mezzo per supplire a ciò, che la produzione appunto del decreto del tribunale a forma dell'art. 26, analogamente a quanto è disposto nel già citato art. 915, § ultimo del codice civile.

Il decreto, con cui si ordini dal tribunale l'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente, non può essere emanato d'ufficio, ma occorre che sia promosso mediante istanza, la quale però può farsi tanto *da chiunque creda di avervi interesse*, quanto anche *dal pubblico ministero* (detto art. 26, § 1°, cod. civ.).

La prima parte di questa disposizione dà luogo a riprodurre una osservazione che altra volta ci accadde di fare; ed è questa, che il legislatore non si riferisce ad un interesse accertato, ma solamente *creduto* (1). È facile d'altronde il comprenderne i motivi. Sarebbe stato impossibile somministrare la prova perfetta d'un interesse, che non può essere stabilito se non appunto coll'apertura stessa, che si chiede di poter fare, del testamento; nè d'altra parte sarebbe stato conveniente impedire alle sole persone che possano esservi interessate, di promuovere direttamente quel provvedimento che è necessario per arrivare a conoscere legalmente l'ultima volontà dell'assente, e darle quella provvisoria esecuzione, a cui la dichiarazione dell'assenza può fare luogo. Vero è che un mezzo indiretto sarebbesi potuto offrire a queste persone nel denunciare lo stato delle cose al pubblico ministero, acciocchè promuovesse esso l'apertura del testamento; ma era sempre preferibile l'accordare agli interessati un mezzo diretto, quando d'altra parte non poteva derivarne nessun inconveniente notevole.

Non bisogna credere però che basti allegare l'opinione di un qualunque interesse all'apertura del testamento, per legittimarne l'istanza. Sarebbe questo un eccesso in senso contrario, che aprirebbe l'adito, anche per chi non avesse qualità veruna, ad ottenere sotto un pretesto artificioso che fossero svelate in pubblico le disposizioni, le confessioni e dichiarazioni contenute nel testamento, e destinate dal testatore a non essere note fuorchè dopo la sua morte; ad ottener ciò in onta alla volontà dei veri interessati, i quali

---

(1) V. sopra, n. 157, p. 583, 585.

rispetterebbero ancora quel segreto; a turbare così talvolta la tranquillità, l'ordine, l'armonia nelle famiglie. È dunque alla prudenza dei magistrati, che rimane affidato il riconoscere se abbia o no sufficiente fondamento quella opinione, la quale viene allegata, di un interesse la cui constatazione effettiva non può risultare fuorchè dall'apertura stessa, che s'invoca, degli atti di ultima volontà che l'assente abbia lasciati.

L'interesse allegato può del resto fondarsi sopra qualunque disposizione che si credesse contenuta nel testamento, e che potesse in uno od in altro modo, in maggiore o minore estensione, influire a vantaggio della persona che ne invoca l'apertura.

Nessuna distinzione quindi, a questo riguardo, tra disposizioni *a titolo universale* od *a titolo particolare* (art. 760, cod. civile).

Al pubblico ministero fu attribuita pure la facoltà di richiedere l'apertura degli atti di ultima volontà dell'assente; quantunque in alcuni dei codici anteriormente esistenti in Italia ciò non fosse ammesso, e quantunque la proposta, che ne era stata fatta in circostanza delle discussioni sul progetto del codice Albertino, non fosse stata accolta.

Il sistema adottato da quei codici poteva forse fondarsi su ciò; che quando si versa nel periodo dell'assenza, non semplicemente *presunta*, ma *dichiarata*, l'interesse principale e diretto, la cui protezione forma lo scopo delle disposizioni di legge, non è veramente quello dell'assente, ma dei presunti eredi di lui, o generalmente delle persone a cui spettino sui beni dell'assente stesso diritti dipendenti dalla sua morte. E come questo interesse non riguarda l'ordine pubblico, ma è puramente privato, così gl'interessati soltanto debbono essere giudici della convenienza o meno di esercitare la facoltà che loro concede la legge. E quando essi, col loro silenzio, dimostrino di preferire il rispetto al segreto di cui l'assente circondò le sue disposizioni testamentarie, non devesi ammettere che queste ven-

gano aperte e pubblicate per iniziativa del ministero pubblico, mentre trattasi di cosa che all'interesse generale veramente non riguarda.

Agli autori del nostro codice parve, ciò non ostante, che prevalessero i gravi argomenti adducibili in un senso opposto.

Non è esatto il dire che in ciò che riguarda l'apertura degli atti di ultima volontà dell'assente e la loro esecuzione, si tratti veramente del solo interesse privato di coloro a cui le disposizioni testamentarie giovino in uno od in altro modo. Poichè è già stata pronunciata, sull'istanza degl'interessati, la dichiarazione di assenza; poichè si sta per procedere a porre in possesso temporaneo dei beni dell'assente coloro ai quali quei beni si devolverebbero per la morte di lui, è d'interesse dell'assente medesimo che tale possesso si conceda a quelli che nelle sue disposizioni egli abbia preferiti, piuttosto che agli eredi legittimi, che in tutto od in parte egli abbia voluto escludere. Questo interesse suo si riscontra manifestamente, non solo nella esecuzione esatta della sua volontà, ma eziandio nella migliore garanzia della conservazione e buona amministrazione dei suoi beni, pel caso ch'egli ritorni. Ecco pertanto come l'interesse dell'assente, non meno di quello delle persone stesse da lui beneficate in testamento, trovisi principalmente e direttamente impegnato nell'apertura degli atti di ultima sua volontà, allorchè l'assenza sia stata dichiarata; mentre nel provocare questa dichiarazione stessa e nel chiedere poi la immissione in possesso temporaneo dei beni, non è punto l'interesse dell'assente, ma quello soltanto dei presunti eredi, o dei legatari od altri aventi diritti particolari dipendenti dalla morte di lui, che scende in campo. Ed ecco insieme come si giustifichi perfettamente, secondo i principii, che si ammetta l'intervento e l'azione anche diretta del ministero pubblico, laddove si tratta dell'interesse di persona assente, la quale non potendo provvedervi da sè è giustamente parificata in ciò ad un incapace.

Oltre a ciò il legislatore doveva preoccuparsi delle conseguenze che deriverebbero dall'escludere l'azione del ministero pubblico, e dal riferirsi unicamente alla iniziativa che venisse dai privati interessati. Potrebbe darsi, infatti, che nessuno degli eredi legittimi si curasse di far aprire un testamento, da cui forse sarebbero privati in tutto od in parte del possesso al quale aspirano dei beni dell'assente; che d'altra parte niuno vi fosse il quale si reputasse interessato a quell'apertura, ignorandolo e neppure sperandolo chi realmente fosse beneficato nel testamento dell'assente. Intanto il risultato finale di ciò sarebbe l'ineseguimento della volontà dell'assente; e l'immissione nel possesso temporaneo dei beni di lui, e l'incarico di amministrarli e conservarli a vantaggio dell'assente che ritornasse, si affiderebbe a quelle persone che l'assente stesso voleva escludere, e nelle quali aveva mostrato di non riporre nè affetto nè fiducia.

Nel progetto di codice presentato dal Ministero (art. 27), ed in quello concordato colla Commissione del Senato (art. 34) leggevasi che il tribunale ordinerebbe l'apertura degli atti di ultima volontà dell'assente " sulla istanza di " chiunque creda avervi interesse, *e in difetto*, del pubblico " ministero ".

Nell'art. 26 del codice furono soppresse quelle parole " *e in difetto* " e si parlò " *di chiunque creda avervi interesse,* " *o del pubblico ministero* ". Da ciò sembra doversi dedurre che il pubblico ministero possa agire indipendentemente dall'esservi o non esservi persona che possa credersi interessata. E veramente, se anche si fosse mantenuta quella espressione dei due progetti, che venne poi modificata nel codice, quelle parole " *e in difetto* " non avrebbero potuto ragionevolmente interpretarsi in altro senso fuori di questo, che *gl'interessati non proponessero la loro istanza.* Forsechè sarebbesi dovuto intendere che il ministero pubblico potesse agire solamente quando mancasse ogni persona interessata? Ma questa ipotesi è impossibile, per ciò stesso che si suppone

esservi un testamento. O forse sarebbesi dovuto *escludere la possibilità che vi fosse chi credesse di avere interesse* all'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente? Ma anche questa esclusione assoluta sarebbe stata inconcepibile. O finalmente sarebbesi dovuto ammettere che all'istanza del ministero pubblico potesse opporsi chi credesse di essere interessato, e dichiarasse di non volere l'apertura del testamento? Ma questo pure sarebbe assurdo e contrario a tutti i principii.

Conchiudiamo pertanto, che il cangiamento di forma introdotto nell'art. 26, rispetto ai progetti del codice, ebbe per unico scopo di sopprimere una espressione inutile, e che secondo questo articolo, come secondo i progetti predetti, al ministero pubblico, del pari che ai privati interessati, spetta una piena libertà d'iniziativa. Ciò è pure conforme allo scopo della legge; giacchè altrimenti non sarebbe provveduto all'esecuzione dell'ultima volontà dell'assente, pel caso che gli eredi legittimi non provocassero l'apertura degli atti testamentari sospettando d'esserne danneggiati, ed i beneficati nel testamento stesso ne ignorassero l'esistenza, o non credessero d'esservi contemplati. Solamente quando gl'interessati stessi esercitassero la facoltà loro concessa dall'art. 26, non dovrebbe nè potrebbe agire direttamente il ministero pubblico (1).

Il tribunale competente ad ordinare l'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente è quello stesso, a cui spetta provvedere per l'assenza presunta, e provocarne la dichiarazione; cioè il tribunale civile dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza dell'assente (art. 21, cod. civ.).

§ I. — Dell'immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente.

Sommario. — 163. Fondamento e caratteri giuridici di questo istituto. — 164. Quando si faccia luogo a poter chiedere la immissione nel possesso

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, 3ª ed., vol. II, n. 103, nº 1, p. 146.

163. — Accennando ai caratteri giuridici della immissione in possesso temporaneo, la maggior parte degli autori francesi la paragonano ad un'*apertura provvisoria della successione dell'assente.* Alcuni, i quali ritengono che dopo la dichiarazione giudiziale vi sia una *presunzione legale della morte dell'assente*, ne deducono logicamente che debba aprirsene la successione; e solo ciò avvenga *provvisoriamente*, perchè si tratta d'una *presunzione*, la quale può essere da un momento all'altro distrutta pel ritorno dell'assente stesso, o per le notizie che ne giungano. Posto ciò, è conseguente, e si spiega da sè, che i successori legittimi od i testamentari abbiano diritto al possesso dei beni costituenti l'eredità apertasi; che i legatari, i donatari, tutti coloro che abbiano diritti dipendenti dalla morte dell'assente possano esercitarli; salvo che tale possesso o tale esercizio sia da considerarsi come *temporaneo*, perchè subordinato all'evento del possibile accertamento che l'assente viva (1). Altri, che non giungono fino a ritenere

(1) V. Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, c. XX, s. III, § I; Duranton, t. I, n. 434-436; Marcadé, art. 123, § I, t. I, n. 367.

esistente una presunzione legale di morte dell'assente dichiarato, ravvisano però nella immissione in possesso temporaneo dei beni di lui, a favore degli eredi, o di altri aventi diritti dipendenti dalla sua morte, *una specie, un'immagine di apertura provvisoria della successione;* o dicono che *il patrimonio dell'assente è riguardato sotto certi aspetti come una eredità aperta a profitto degli eredi o successori presuntivi dell'assente* (1).

Tra gli espositori del codice nostro, qualcuno ha seguìto quest'ultimo ordine d'idee (2); qualche altro si è pronunciato più decisamente, dicendo che " *la successione dell'as-" sente dichiarato*, *che già si presume estinto, si apre in " tutte le regole*, benchè non si abbia certezza quanto basti " per ritenerla definitiva „ e che " la dichiarazione del-" l'assente *significa la presunzione stabilita della morte*, e si " agisce in conseguenza „ (3).

Non ripeteremo qui gli argomenti già esposti nelle nozioni preliminari di questo titolo, coi quali ci parve dimostrato che in nessuno degli stadi dell'assenza vi sia una vera presunzione legale, nè di vita, nè di morte dell'assente; che la incertezza circa la esistenza di lui sia sempre la caratteristica dominante in tutti i vari periodi in cui la legge distingue l'assenza: che la immissione in possesso dei beni dell'assente a favore degli eredi di lui, o d'altri che dipendentemente dalla sua morte abbiano diritti da esercitare sui beni medesimi, non possa confondersi in nessun modo con un aprimento, sia pure temporaneo, della successione, ma costituisca uno speciale istituto giuridico per sè stante e d'indole eccezionale (4).

Aggiungeremo soltanto, che nei testi della legge non si trova parola che autorizzi ad ammettere questa specie, questa immagine di apertura della successione, questo

---

(1) Demolombe, t. II, n. 71; Aubry e Rau, t. I, § 152.
(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Istit.*, 3ª ed., vol. II, n. 105, p. 151, 152.
(3) V. Borsari, *Comm.*, art. 26, t. I, § 145, p. 215.
(4) V. sopra, n. 134, p. 448-453, n. 136, p. 464-468.

aversi una successione aperta *per certi riguardi*, e non per altri.

La successione si apre al momento della morte (art. 923, cod. civ.). Per poterla dire aperta, e per dedurne qualunque degli effetti che da ciò possono derivare, è dunque indispensabile provare che la persona, di cui si pretende aperta la successione, sia morta, e quando sia morta; ciò ch'è impossibile nel caso di assenza, in qualunque stadio questa sia. Nel titolo dell'assenza in un luogo solo è parlato dell'aprimento della successione dell'assente; ed è nell'art. 34, dove si suppone che *venga a provarsi il tempo della morte dell'assente*. Di questa forma imperfetta di apertura della successione, di questa specie, di questa imitazione di essa, che si vorrebbe scorgere nella immissione in possesso dei beni dell'assente, e che produrrebbe in parte soltanto gli effetti del vero aprimento di successione, in nessuna delle disposizioni del codice vi è neppure un lontano accenno. Il codice tratta sempre della immissione in possesso come d'una istituzione che ha ragione d'essere, vita giuridica ed effetti suoi propri e speciali. E ciò si concepisce e si giustifica facilmente. Allorchè le probabilità della morte dell' assente sono di tanto accresciute, come si verifica quando l'assenza è dichiarata, sebbene la morte stessa non sia nè provata, nè legalmente presunta, diventa necessario per l'interesse generale, per quello delle persone che hanno sui beni lasciati dall'assente diritti subordinati al caso della morte di lui, per quello in fine dell'assente medesimo, se pure vive ancora, di por fine a quello stato provvisorio di cose, di far cessare quei provvedimenti meramente conservativi, che ebbero luogo nel primo periodo, dell'assenza presunta. Parve allora il miglior consiglio quello di dare il possesso di tali beni alle persone a cui essi sarebbero devoluti supponendo la morte dell'assente, e che sono più interessate a bene conservarli ed amministrarli ed a migliorarli, supponendo pure che l'assente sia ancora in vita. Com'è chiaro, quest'ordine d'idee

abbraccia ugualmente le due ipotesi opposte, tra le qual lascia incertezza la condizione dell' assenza; e giustifica l'immissione in possesso come istituto che ha vita propria, indipendentemente dalla supposizione che la successione dell'assente siasi aperta. Aggiungiamo che tale precisamente fu in origine l'aspetto genuino sotto cui venne considerato questo punto nelle discussioni del codice francese. Ci basterà riferire in proposito le parole pronunciate dal *Tronchet* davanti al Consiglio di Stato. " È necessario — " egli diceva — regolare la sorte dei beni lasciati, e *che* " *formano il patrimonio attuale dell'assente; è necessario o* " *dichiararli vacanti, o porli sotto sequestro.* È utile anche " all'assente che il sequestro de' suoi beni sia deferito a " coloro che hanno maggiore interesse a conservarli; ed " è perciò che dopo un certo tempo si accorda l'immissione " in possesso agli eredi di lui „ (1).

I concetti espressi in questo discorso sono chiarissimi. L'immissione in possesso non era considerata come dipendente dall'aprimento della successione dell'assente, nè da qualche cosa di simile, ma unicamente e semplicemente come un *sequestro*, vale a dire come remissione dei beni ritenuti ancora appartenenti all'assente stesso, formanti il *patrimonio attuale* di lui, in mano dei presunti eredi, acciocchè li conservassero. Nel medesimo senso parlò l'oratore del Governo spiegando davanti al Corpo legislativo i motivi della disposizione concernente l'immissione in possesso. " Quando da un lato — egli disse — i beni si " troveranno in abbandono da cinque anni; quando dal- " l'altro saranno state fatte tutte le indagini possibili " circa l'esistenza dell'assente, e tutti i mezzi di porlo in " avvertenza saranno stati esauriti, la dichiarazione d'as- " senza non potrà più lasciare inquietudini, e non sarà " quindi agli occhi del pubblico che *un atto di conservazione,* " *fondato sopra una necessità accertata, e per l'assente stesso*

(1) V. Locré, t. I, p. 610, 611.

" *un atto di protezione, con cui si guarentisce il suo patri-* " *monio da una perdita che diveniva inevitabile* ". Le idee d'un aprimento provvisorio della successione, o d'una imitazione, d'una specie di simile aprimento, furono introdotte dopo dalla dottrina e dalla giurisprudenza; e in realtà non servirono che a falsare il più giusto concetto primitivamente adottato dai compilatori del codice francese.

Invero se quelle fossero state le idee del legislatore, per essere coerente al principio che " l'immediato possesso dei " beni, diritti ed azioni del defunto, passa *ipso jure* negli " eredi legittimi " (art. 724, cod. Napoleone, 925, codice italiano) egli avrebbe dovuto stabilire che dopo pronunciata e divenuta efficace la dichiarazione dell'assenza, il possesso dei beni dell'assente appartenesse di pien diritto a quegli eredi; mentre all'opposto ha voluto che la immissione in possesso debba da loro essere domandata al tribunale, a cui spetti concederla con apposito decreto o sentenza, adempite che siano certe speciali condizioni e formalità (art. 120, cod. Francese, 26, § 2°, cod. italiano).

Non intendiamo, con tuttociò, di escludere l'esistenza di ogni relazione di analogia tra l'immissione dei presunti eredi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, e l'aprimento vero della successione di lui. Non dubitiamo anzi, e già lo avvertimmo altrove (1), che alcune delle regole comuni delle successioni debbano avere applicazione anche quando si tratti di ottenere quella immissione in possesso. Poichè infatti è la qualità di eredi presuntivi testamentari o legittimi dell'assente che dà fondamento a conseguire quel possesso, e godere dei diritti che la legge vi annette, di amministrare i beni dell'assente, di promuoverne in giudizio le ragioni, e di far proprie in tutto od in parte le rendite, è naturale che non si possa prescindere dall'osservanza di quelle norme dalle quali dipende la determinazione di tale qualità di eredi, e della parte

(1) V. sopra, n. 136, p. 468.

del patrimonio lasciato dall'assente su cui potrebbero esercitarsi i diritti di successione se questa già fosse aperta; non essendo ammissibile che venga immesso in possesso dei beni dell'assente chi non ne sia erede presuntivo per testamento o per legge in relazione al tempo a cui risalgono le ultime notizie dell'assente medesimo; nè che ogni singolo erede abbia l'amministrazione e goda le rendite d'una quota di beni superiore a quella che secondo le regole relative alla successione gli competerebbe, nè che possa promuovere in giudizio le ragioni spettanti all'assente, per più della quota medesima. Così se, taluno si presenti a chiedere l'immissione in possesso dei beni dell'assente quale erede *testamentario* di lui, sarà coll'applicazione delle regole stabilite dalla legge relativamente alla incapacità di disporre e di ricevere per testamento, alle forme estrinseche necessarie per la validità di esso, alle disposizioni che può contenere, che si dovrà riconoscere se il chiedente abbia veramente in diritto la qualità di erede testamentario dell'assente, da lui invocata; e sarà coll'applicazione delle regole stabilite dalla legge relativamente alla porzione di cui si può disporre per testamento, che sarà da determinarsi di quale quota dei beni lasciati dall'assente possa l'erede testamentario di lui domandare l'immissione in possesso. Se l'instante si presenti invece quale *erede legittimo* dell'assente, sarà ancora colle norme generali delle successioni legittime, che si dovrà stabilire se per ordine e per grado, o in virtù di rappresentazione, abbia il chiedente la qualità da lui invocata, ed abbia perciò diritto ad ottenere la immissione in possesso, ed in quale porzione possa conseguirla secondo la misura dei diritti successori stabiliti dalla legge. In tutto ciò si tratta soltanto di determinare se e per quanto sussista il diritto alla immissione in possesso; e poichè tale diritto è fatto dipendere, secondo la legge, da quello eventuale della successione testamentaria o legittima, è ovvio che le regole comuni riguardanti tali successioni debbano osservarsi. Ma

dopo ciò, riconosciuto e dichiarato che sia il diritto dei chiedenti al possesso dei beni lasciati dall'assente, le altre norme di legge concernenti le successioni non possono avere applicazione alcuna; non trattandosi veramente di una successione, che neppure presuntivamente e provvisoriamente si reputi aperta, ma di un semplice possesso, con effetti specialmente determinati, che in virtù di legge viene conceduto agli eredi presuntivi dell'assente sopra beni che si considerano come costituenti un patrimonio tuttora appartenente a lui, sebbene sia incerto s'egli esista ancora o sia morto. Così le disposizioni di legge, relative all'accettazione pura e semplice o beneficiaria della eredità, alla riduzione delle donazioni eccedenti la porzione disponibile, alle obbligazioni personali degli eredi pel pagamento dei debiti ereditari, e simili, non sono da applicarsi alla immissione in possesso temporaneo dei beni dell'assente.

Ritenendo che questa immissione in possesso temporaneo sia un istituto giuridico speciale, non dipendente dalla presunzione di morte dell'assente, nè quindi da un aprimento neppure provvisorio della successione di lui, siamo però ben lontani dall'ammettere che tale immissione in possesso abbia il semplice carattere d'un'amministrazione conferita ai presunti eredi nel solo interesse dell'assente. Chè anzi ci occupammo in più numeri delle nozioni generali premesse a questo titolo, nell'esporre gli argomenti che ci parvero bastanti a dimostrare come non sia accettabile l'opinione di qualche autore, che sostenne appunto doversi considerare gli eredi presuntivi immessi in possesso dei beni quali semplici amministratori di essi in nome e nell'interesse dell'assente, e nessun diritto reale competere a quegli eredi sui detti beni (1). Quel possesso essi esercitano, non in qualità di semplici amministratori per altri, ma per diritto proprio, come aventi ragioni

(1) V. sopra, n. 135, p. 457-463, n. 137, p. 469-475.

eventuali sui beni lasciati dall'assente, e quindi lo esercitano sotto questo aspetto in proprio nome. Non potrebbe essere diversamente in ordine al godimento, che è loro attribuito mediante quel possesso, delle rendite dei beni che ne formano oggetto; e per certo sarebbe strano il pensare che possedendo i beni per farne propri i frutti contro l'assente, li possedessero in nome e nell'interesse di lui. Quanto agli altri diritti, che l'art. 28 conferisce ai presunti eredi ed ai loro successori, cioè di amministrare i beni, e di promuovere in giudizio le ragioni spettanti all'assente, il possesso assume relativamente a ciò caratteri eventualmente diversi secondo le opposte ipotesi a cui lascia luogo anche nello stadio dell'assenza dichiarata la incertezza tuttora dominante della esistenza dell'assente. Pel caso ch'egli viva tuttora, e più tardi ricomparisca o se ne abbiano notizie, quel possesso si reputa esercitato a nome di lui, nell'interesse del quale si considerano come fatti, ed a lui giovano o nuocono gli atti d'amministrazione compiuti, ed i giudizi sostenuti dagl'immessi in possesso dei beni. Pel caso che l'assente sia morto, quel possesso si reputa esercitato, e si ritengono compiuti gli atti di amministrazione, e proferite le sentenze nell' interesse dei medesimi immessi in possesso, o di coloro che in relazione al tempo in cui sia provato essere avvenuta la morte dell'assente, ne siano i veri eredi legittimi o testamentari (articolo 34, cod. civile).

Ci sembra dunque che considerata l'immissione in possesso temporaneo dei beni dell'assente sotto l'aspetto più naturale e più semplice, d'un istituto giuridico affatto speciale, senza riferirlo alla supposizione d'un'apertura provvisoria della successione dell'assente, tutto si spieghi più agevolmente, e scompariscano anche le difficoltà di caratterizzare la vera indole di tale possesso.

164. — Fra i commentatori del codice Francese era sorta dissidenza intorno allo stabilire se per la dichiara-

zione di assenza e per la immissione in possesso fossero necessarie due domande e due sentenze distinte, o bastasse una sola istanza ed una sola decisione.

Stavano alcuni per la prima opinione, appoggiandola alla disposizione testuale dell'art. 120 di quel codice, che diceva, " potere gli eredi presunti, *in forza del giudicato " definitivo che avrà dichiarato l'assenza,* farsi immettere " nel provvisionale possesso dei beni..... „ (1).

Altri, e in maggior numero, interpretavano le surriferite espressioni dell'art. 120 unicamente in questo senso, che non si potesse procedere alla immissione degli eredi presuntivi nel possesso provvisionale de' beni dell'assente, se non *previa la dichiarazione dell'assenza;* ma ritenevano del resto non essere vietato che sovra una sola domanda complessiva, e con una sola sentenza si potesse decidere sì della dichiarazione di assenza, che della immissione in possesso, qualora l'una e l'altra fossero promosse delle stesse persone. Altrimenti, dicevano, si verrebbero a moltiplicare senza alcun motivo le spese (2).

Secondo le disposizioni del codice italiano quest'ultima opinione, per quanto sostenuta da buone ragioni e da autorità gravissime, non potrebbe però essere accolta; giacchè, a differenza del codice francese, il nostro non ammette che il giudicato definitivo dichiarante l'assenza possa essere immediatamente produttivo dell'effetto di dar luogo alla immissione nel possesso temporaneo dei beni, ma esige che siano trascorsi sei mesi dalla seconda pubblicazione di quella sentenza, prima che il Tribunale possa, sulla istanza degl'interessati, ordinare l'apertura degli atti d'ultima vo-

---

(1) V. LOCRÉ, *Le code civil,* art. 120; PROUDHON, *Tr. sur l'état des personnes,* t. I, c. XX, s. II, § 4; DEMANTE, *Programme du cours de droit civil,* I, *examen,* n. 131.

(2) V. TOULLIER, t. I, n. 426; DURANTON, t. I, n. 441; DE MOLY, *Traité des absents,* n. 242; TALANDIER, *Nouveau traité des absents,* p. 140; PLASMAN, *Code et traité des absents,* t. I, p. 175; VALETTE sur PROUDHON, l. c., n[a] (*a*); ZACHARIAE, t. I, § 152, n[a] 3; DEMOLOMBE, t. II, n. 29; AUBRY e RAU, t. I, § 152, n[a] 6.

lontà dell'assente, l'immissione dei presunti eredi nel possesso temporaneo, e l'ammissione dei legatari, donatari, od altri aventi diritto, all'esercizio provvisorio delle loro ragioni (art. 26, cod. civile).

È chiaro pertanto che si richiedono dal nostro codice due distinte sentenze; e che la istanza per immissione in possesso, o per esercizio temporaneo di diritti, non diviene ammissibile se non quando siano trascorsi sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza dichiarativa dell'assenza. Le ragioni per le quali il codice italiano, diversamente da quelli che lo avevano preceduto, prescrisse dover trascorrere il tempo di sei mesi dopo l'ultima pubblicazione della sentenza dichiarativa dell'assenza, prima che gli effetti giuridici di tale dichiarazione potessero attuarsi, e rese con ciò indispensabile per la immissione in possesso dei beni dell'assente un procedimento ed un provvedimento giudiziale distinti, furono già dimostrate in altro numero (1).

Le conseguenze di quella dichiarazione sono gravissime per l'assente. Possono altri impossessarsi de' suoi beni, assumere l'amministrazione de' suoi affari, ancorchè abbia egli lasciato un procuratore, far proprie in parte, e talora intieramente le rendite. Era giusto dar modo all'assente, se ancora vive, d'impedire tutto ciò; ricomparendo, costituendo un procuratore, se già non l'abbia, o mandando in ogni caso notizie sue. Per ciò si prescrisse nell'art. 25 che la sentenza dichiarante l'assenza debba essere ripetutamente pubblicata, affinchè all'assente possa giungerne la notizia. Ma quest'ordinamento sarebbe ancora stato imperfetto e insufficiente al suo scopo, se dopo la rinnovata pubblicazione della sentenza si fosse permesso che questa producesse immediatamente tutti i suoi effetti, senza concedere all'assente un congruo termine per poter provvedere ai propri interessi.

Accennammo pure altra volta come il nostro legislatore

---

(1) V. sopra, n. 161, p. 598, 599.

non abbia adottato il sistema di alcuni de' codici anteriori, i quali solamente dopo che gli eredi presunti dell'assente avessero ottenuta l'immissione in possesso provvisorio dei beni di lui, facevan luogo a potersi richiedere dalle parti interessate o dal pubblico ministero l'apertura del testamento che l'assente avesse lasciato, e a potersi poi dagl'istituiti, dai legatari, dai donatari e da tutti coloro che avessero sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla morte di lui, domandare d'essere ammessi all'esercizio provvisorio di tali diritti; e come invece, seguendo e completando le norme dettate da altre legislazioni, siasi nel nostro codice stabilito che l'apertura degli atti di ultima volontà dell'assente abbia a precedere l'immissione in possesso temporaneo dei di lui beni, anche a favore dei presunti eredi legittimi (1). Per altro questa massima dev'essere intesa in un senso ragionevole, non soverchiamente ristretto al rigore delle parole. Il legislatore nostro non volle subordinare l'apertura del testamento dell'assente, e l'esercizio dei diritti che dal testamento stesso derivino in favore di determinate persone, alla previa immissione in possesso dei presunti eredi legittimi, come disponevano il codice Francese ed il Napoletano. Ma il chiedere l'apertura del testamento è facoltativo per gl'interessati e pel pubblico ministero, com'è una facoltà spettante agli eredi testamentari, ai legatari e ad altri, di domandare, o no, d'essere ammessi al possesso della eredità, od all'esercizio temporaneo delle ragioni dipendenti dalla condizione della morte dell'assente; e il non approfittare essi di tale facoltà non deve impedire agli eredi legittimi di far valere nel proprio interesse il titolo che hanno alla immissione in possesso. Ciascuno ha da poter agire per proprio conto, senza dover dipendere dall'arbitrio altrui; salvo, quando sia chiesta da chi creda di avervi interesse o dal pubblico ministero l'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente, il doversi dal

(1) V. sopra, n. 162, p. 599, 600.

tribunale ordinarla prima che si faccia luogo a favore di chicchessia all'immissione in possesso dei beni; e salvo, dopo aperto il testamento, e se vi si trovino istituiti eredi, il doversi concedere ad essi, anzichè ai successori legittimi, il possesso medesimo.

Così, trascorsi sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza che dichiara l'assenza, coloro che credano di avere interesse all'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente, possono domandarla, senza dover attendere che i presunti eredi legittimi abbiano ottenuta la provvisionale immissione nel possesso; e in ciò appunto consiste la differenza tra le disposizioni dei codici Francese e Napoletano, è quella dell'art. 26 del codice nostro. Ma, a vicenda, compiuto che sia lo stesso termine dei sei mesi, coloro che sarebbero stati eredi legittimi, se l'assente fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza, possono chiedere al tribunale l'immissione nel possesso temporaneo dei beni, senza dover attendere che sia ordinata ed eseguita l'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente, ancorchè sia notorio ch'egli ne abbia lasciato, qualora nè da coloro che possano credere d'avervi interesse, nè dal pubblico ministero sia fatta istanza per tale apertura. Solamente quando, pendente il procedimento per l'immissione in possesso, la domanda per l'apertura del testamento venisse proposta, dovrebbe tenersi in sospeso il provvedimento per la immissione in possesso, infino a che, conosciute le disposizioni testamentarie dell'assente, venisse accertato se fossero da lui stati istituiti eredi, i quali avrebbero diritto d'essere preferiti ai legittimi in tale possesso, secondo l'espressa disposizione del secondo paragrafo del detto art. 26.

Un'ultima osservazione ci occorre di fare intorno a questo argomento, del tempo in cui possa essere domandata dagli aventi diritto la immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente. Osservammo sopra che, contrariamente all'opinione professata dal maggior numero

dei commentatori del codice Francese, secondo il codice nostro non è possibile che sovra una sola istanza e colla stessa sentenza si faccia luogo alla dichiarazione di assenza ed alla immissione in possesso dei beni che l'assente abbia lasciati; e sarebbe inammissibile l'istanza che per questa immissione in possesso venisse proposta innanzi che fossero trascorsi sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza con cui l'assenza fosse stata dichiarata. Ma, all'opposto, nulla osterebbe, nè per disposizione testuale di legge, nè pei principii, a potersi da coloro che si reputassero beneficati nel testamento dell'assente, comprendere nella medesima istanza tanto la domanda perchè fosse ordinata l'apertura del testamento medesimo, quanto l'altra per conseguire l'immissione in possesso dei beni, nei quali il richiedente fosse stato istituito erede, o l'ammissione all'esercizio dei diritti dipendenti dai legati che fossero stati in suo favore disposti. Solo, com'è manifesto, su quest'ultima domanda non potrebb'essere pronunciato, se non dopo che, ordinata ed eseguita l'apertura del testamento, si fosse riconosciuto quali diritti fossero per esso attribuiti all'instante.

165. — I principii fondamentali, che nel primo numero di questo paragrafo — riferendoci anche alle nozioni generali dapprima esposte circa la teorica dell'assenza — dimostrammo doversi ritenere relativamente a questo istituto della immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, chiariscono e spiegano le regole dettate nel codice nostro intorno alle persone da cui tale immissione in possesso può essere domandata.

Dimostrammo come sia erroneo, quantunque seguito dal maggior numero degli autori, il concetto che nella immissione in possesso dei beni dell'assente debba scorgersi una specie di apertura provvisoria della successione di lui; come sia quello invece un istituto giuridico d'indole affatto particolare, creato dal diritto positivo a vantaggio princi-

palmente di coloro, ai quali — supponendo verificata la morte dell'assente, divenuta col tempo e pel concorso delle circostanze tanto più probabile — spetterebbe in tutto od in parte, per titolo di successione testamentaria o legittima, il patrimonio dell'assente medesimo, o, spetterebbero per effetto di disposizioni testamentarie o di contratti, diritti di proprietà od altri sovra determinati beni tra quelli da lui lasciati. A queste persone concede la legge — dopo che l'assenza sia stata dichiarata, siano trascorsi sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza, e siasi fatto luogo all'apertura degli atti d'ultima volontà dell' assente — di poter esercitare su tali beni quelle stesse ragioni eventuali, che ad esse competerebbero nell' ipotesi dell' accertata morte dell'assente; di esercitarle però a titolo di semplice possesso temporaneo, attribuendo bensì a questo particolari effetti, vantaggiosi ai possessori, specialmente quanto al godimento delle rendite che dai beni medesimi siano prodotte.

Posto ciò, ne discende facile e chiara la determinazione delle persone che possono invocare questo benefizio della immissione in possesso. Sono tutte quelle che, supponendo accertata la morte dell'assente, avrebbero, per qualunque titolo di successione od altro, diritti da esercitare sui beni da lui lasciati. E poichè alla immissione in possesso deve precedere, secondo la nostra legge, l'apertura degli atti di ultima volontà dell'assente, qualora ne facciano istanza al tribunale coloro che credano di avervi interesse, od il pubblico ministero, e da questi atti può risultare che l'assente abbia istituite eredi persone le quali non sarebbero chiamate a succedergli in virtù di legge, od istituendo i suoi stessi successori legittimi, abbia loro attribuite quote diverse da quelle che sarebbero stabilite dalla legge medesima; gli *eredi testamentari*, che in caso di morte dell'assente avrebbero diritto all'eredità di lui a preferenza dei successori legittimi (art. 720, cod. civile), sono pertanto i primi a poter domandare l'immissione in possesso dei

beni. In mancanza degli eredi testamentari, hanno facoltà di chiederla gli eredi legittimi.

Nello stesso testamento possono pure contenersi disposizioni a titolo di legato. Ovvero a determinate persone possono competere sovra beni posseduti dall'assente diritti particolari attuabili nel caso della morte di lui, dipendentemente da disposizioni testamentarie altrui, o da contratti. Anche questi diritti particolari, di legato od altro, saranno dunque esercibili dopo la dichiarazione d'assenza, e trascorsi i sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza; a titolo però di semplice immissione temporanea nel possesso de' beni, che di tali diritti formano oggetto.

Al coniuge spettano sulla eredità dell'assente diritti di successione attribuitigli dalla legge anche a titolo di riserva (art. 753-755, 812-814, cod. civile); altri gliene possono essere conferiti dal testamento che l'assente abbia lasciato; possono pure appartenergli diritti sui beni dell'assente in forza delle convenzioni matrimoniali. Tutti questi diritti, dipendenti in favore del coniuge dalla condizione della morte dell'assente, sono dunque esercibili anche da lui, come da ogni altro in condizioni analoghe, dopo trascorsi i sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza che dichiara l'assenza, a titolo d'immissione temporanea nel possesso dei beni dell'assente medesimo. Oltre ciò la legge accorda al coniuge dell'assente di poter ottenere dal tribunale, in caso di bisogno, l'assegnamento d'una pensione alimentaria, da determinarsi secondo la condizione della famiglia e l'entità del patrimonio dell'assente.

Tali sono, su questo punto concernente le persone che possono chiedere l'immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, le disposizioni dei paragrafi 2°, 3° e 5° dell'art. 26 del nostro codice.

Ognuna delle persone contemplate nelle disposizioni predette può proporre per proprio conto, e indipendentemente dalle altre persone che pure vi abbiano diritto, l'istanza per la immissione in possesso; nè coloro stessi, ai quali

appartengano unicamente diritti particolari sopra determinati beni dell'assente, sono obbligati ad attendere che siano prima posti in possesso dell'universalità dei beni dell'assente gli eredi testamentari o legittimi di lui.

Solo gli eredi testamentari debbono agire *in contraddittorio degli eredi legittimi*, i legatari, i donatari, e tutti coloro che abbiano sui beni dell'assente diritti particolari dipendenti dalla condizione della morte di lui, debbono agire *in contraddittorio degli eredi testamentari o legittimi*, secondo i casi. Così sta espresso nei citati paragrafi 2° e 3° dell'art. 26.

Non era altrettanto, od almeno era molto disputabile se fosse, secondo il codice Francese; il cui articolo 123 era espresso nei termini seguenti: " *Allorquando gli eredi pre-*
" *suntivi avranno ottenuta la provvisionale immissione nel*
" *possesso*, se esiste un testamento dell'assente, si aprirà a
" richiesta delle parti interessate, o del regio procuratore
" presso il tribunale; e i legatari, i donatari e tutti coloro
" che abbiano sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla
" condizione della sua morte, potranno esercitarli prov-
" visionalmente, mediante cauzione „. Identica nella sostanza, sebbene con qualche modificazione di parole, era la disposizione dell'art. 129 del codice pel regno delle Due Sicilie. Il codice Parmense nell'art. 1056 stabiliva che, passata in giudicato la sentenza di dichiarazione d'assenza, i presunti eredi legittimi dell'assente potessero farsi mettere nel provvisionale possesso dei beni di lui; e nell'art. 1057 soggiungeva poi, prevedendo il caso di esistenza d'un testamento dell'assente, che *sarebbe eseguito a richiesta delle parti interessate*, e che " gli eredi istituiti, i legatari,
" i donatari, e tutti coloro che avessero sui beni dell'as-
" sente diritti dipendenti dalla condizione della sua morte,
" *potrebbero esercitarli provvisionalmente mediante cauzione*
" *contro gli eredi presuntivi, qualora avessero questi ottenuto*
" *il possesso della eredità* „. Riconoscevansi così in favore dei beneficati in testamento il diritto assoluto di richiedere,

a titolo d'immissione provvisionale nel possesso de' beni, l'esecuzione del testamento stesso; e solo *nel caso che i presunti eredi legittimi avessero già ottenuto il possesso della eredità*, si obbligavano gli eredi istituiti o i legatari, come gli altri che avessero sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui, ad agire contro gli eredi legittimi stessi per esercitare provvisionalmente mediante cauzione i diritti predetti.

Il codice Albertino (art. 84) statuì che pubblicata la sentenza di dichiarazione di assenza, qualora esistesse *qualche testamento sigillato* dell'assente, dovesse essere aperto a richiesta di chiunque si credesse interessato; che la immissione nel possesso provvisorio dei beni spettasse innanzi tutto agli eredi testamentari, i quali però dovessero agire *in contraddittorio degli eredi legittimi;* che solo in mancanza di quelli, potesse la istanza d'immissione in possesso esser fatta da questi; che in fine " i legatari, dona-" tari e tutti coloro che avessero sui beni dell'assente diritti " dipendenti dalla condizione della morte di esso, potes-" sero anche, mediante cauzione, esercitarli provvisional-" mente ". Disposizioni simili erano state riprodotte negli art. 49, 50 e 51 del cod. Estense.

Il testo dell'art. 123 del codice Francese pareva chiaro nel senso di subordinare l'esercizio dei diritti di tutti gli interessati, che non fossero gli eredi presuntivi, alla previa immissione di questi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente; giacchè diceva che *allorquando tale immissione in possesso fosse stata conseguita dagli eredi presuntivi*, i legatari, donatari, ed altri aventi diritti dipendenti dalla condizione della morte dell'assente, potrebbero esercitare provvisoriamente tali diritti sui beni di lui.

In ciò concordava pure il precedente articolo 120, che appunto ai soli eredi presuntivi concedeva il diritto alla immissione in possesso. Era osservabile inoltre che nella relazione al Tribunato erasi dichiarato formalmente che l'esercizio dei diritti dei legatari dovea dipendere dalla fa-

coltà, lasciata agli eredi presuntivi, di chiedere, o no, l'immissione in possesso provvisorio; mentre nulla era stato deliberato sulla proposta fatta dalla Sezione di legislazione del Tribunato stesso, di permettere ai legatari, donatari ed altri l'esercizio dei loro diritti tosto dopo la dichiarazione di assenza; proposta appoggiata al riflesso che la immissione in possesso a favore degli eredi presuntivi poteva non verificarsi mai, essendo puramente facoltativa per loro, e che d'altra parte non era da subordinarsi l'esercizio di diritti già esistenti, al tempo di un fatto che poteva non avvenire (1).

Queste considerazioni, per altro, erano troppo gravi per essere trascurate da chi doveva poscia interpretare ed applicare la legge. Dottrina e giurisprudenza furono infatti concordi nello escludere che si avesse a far dipendere dall'arbitrio degli eredi presuntivi, secondochè dimandassero, o no, l'immissione in possesso provvisionale de' beni dell'assente, il rendere attuabile o l'impedire l'esercizio temporaneo dei diritti spettanti ai legatari, ai donatari, agli altri che avessero sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui. Tali diritti hanno una esistenza propria, con efficacia non minore di quella che appartiene ai diritti dei presunti eredi legittimi. E perchè dunque dovrebbe essere subordinato a questi l'esercizio di quelli? Gli eredi legittimi possono non avere di fatto alcun interesse a domandare l'immissione in possesso dei beni dell'assente; o perchè sappiano che questi, colle sue disposizioni testamentarie li abbia privati dei diritti di successione, o perchè siano già effettivamente in possesso di quei beni. Il lasciare in questi casi inattuabili i diritti dei legatari, donatari ed altri interessati, non sarebbe giusto nè ragionevole, e porrebbe in balìa dei presunti eredi legittimi di abusare del possesso che di fatto avessero, maltrattando i beni lasciati dall'assente, in danno di coloro che veramente

(1) V. Locré, *Législation civ., comm. et crim.*, t. II, p. 245, n° 2.

vi avessero diritto. Bisognava, è vero, superare la difficoltà ch'era apposta dalle espressioni formali del testo. Ma, quanto a ciò, si osservava: che nell'art. 123 il legislatore francese aveva previsto, come sempre, i casi più comuni a verificarsi; e certo accadrebbe il più spesso che gli eredi presuntivi dell'assente chiedessero l'immissione provvisoria in possesso, e contro di loro potessero quindi agire poscia i legatari, i donatari e gli aventi diritti particolari dipendenti dalla condizione della morte dell'assente; che però quella disposizione era da riguardarsi come semplicemente *dimostrativa*, non come *restrittiva;* e quando eccezionalmente si verificassero casi, nei quali, per non lasciare i legatari, donatari ed altri, in balìa della negligenza o della mala fede degli eredi presuntivi, fosse necessario ammetter quelli all'esercizio provvisionale dei loro diritti, sebbene questi non avessero chiesta l'immissione in possesso temporaneo dei beni dell'assente, ciò dovesse riguardarsi come lecito, in conformità della ragione e dello spirito della legge, senzachè vi si trovasse un ostacolo assoluto nel testo di essa.

Era generale il consentimento degli autori in questa massima; ma quanto al modo d'applicarla essi professavano poi delle opinioni diverse.

Vi erano quelli che insegnavano assolutamente potersi da tutti gl'interessati esercitare i diritti che avessero sui beni dell'assente dichiarato, fossero poi legatari, donatari, od altri, ancorchè gli eredi presuntivi non avessero domandata l'immissione in possesso provvisionale (1).

Qualcuno ammetteva ciò in favore di coloro, in generale, che avessero diritti subordinati alla condizione della morte dell'assente, eccettuando però i *legatari;* “ perchè — dicevasi — sono bensì essi pure *parti interessate* „; ma “ siccome “ non si può agire se non provando questo interesse, essi “ potrebbero dimostrarlo, se non mediante l'apertura del

(1) V. Valette sur Proudhon, t. I, c. XX, s. III, § 6, p. 298, n.ª (*a*); Laurent, t. II, n. 165, p. 213-219.

“ testamento, che ancora non può avere luogo „ (1). Questa opinione però rimase isolata; ed era naturale. Una volta ammesso in massima che, nonostante l'ommissione dei presunti eredi di farsi porre in possesso dei beni dell'assente, gli altri interessati potessero esercitare provvisionalmente su quei beni i diritti che ad essi competessero, era conseguente l'ammettere altresì che anche coloro in favor dei quali derivassero simili diritti da disposizioni testamentarie dell'assente potessero, per la necessità di giustificare la qualità loro, farsi autorizzare a promuovere l'apertura del testamento, ed a levarne copia.

Osservarono altri che, pur ritenendo l'immissione in possesso dei presunti eredi come condizione necessaria per l'esercizio provvisionale dei diritti degli altri interessati, vi era modo di adempiere questa condizione; ponendo in mora gli eredi stessi a proporre le loro istanze d'immissione, poichè qualora non lo facessero, la condizione dovrebbe riguardarsi rimpetto ad essi come verificata, essendo mancata per sola colpa loro. Assunto questo principio, tracciavano poi la procedura da seguirsi, che era questa: interpellare i presunti eredi, ponendoli in mora a chiedere la immissione in possesso; e qualora negligentassero, agire davanti al tribunale — chiamando in causa gli eredi stessi — per farsi autorizzare all'esercizio provvisorio dei propri diritti, e far anco nominare, occorrendo, un curatore od amministratore dei beni dell'assente, il quale avesse incarico di porre i diversi aventi diritto in possesso provvisorio di quelli fra i detti beni che loro spettassero (2).

Il codice italiano, sulle traccie dell'Albertino, ha seguita una via meglio additata dalla ragione, e più spedita. Tutti coloro a cui competano sui beni dell'assente, pel caso della di lui morte, diritti dipendenti da qualunque titolo universale o particolare, sia poi per successione legittima, o per

(1) V. Marcadé, art. 123, § III, t. I, n. 369.
(2) V. Duranton, t. I, n. 420; Demolombe, t. II, n. 75; Aubry e Rau, t. I, § 152, nª 14.

istituzione di erede, o per legato disposto nel testamento dell'assente, o per donazione, o per altro contratto, od anche in virtù di disposizioni testamentarie di terze persone, sono ammessi a chiedere l'immissione in possesso temporaneo dei beni formanti oggetto di tali loro diritti. Vi sono ammessi, ciascuno per diritto proprio, indipendentemente da ciò che gli altri pel loro interesse facciano od ommettano; ond'è esclusa dall'art. 26 del nostro codice qualunque espressione che, a somiglianza dell'art. 123 del codice francese, subordini alla previa immissione in possesso dei presunti eredi legittimi l'esercizio temporaneo dei diritti spettanti agli eredi istituiti, ai legatari, ai donatari ed altri. Solamente, siccome gli eredi legittimi sono interessati a contestare l'immissione in possesso, che sia chiesta dagli eredi testamentari dell'assente; siccome gli eredi, siano testamentari o legittimi, sono interessati a contestare le istanze di coloro, che quali legatari, donatari od aventi altri diritti particolari su determinati beni dell'assente, domandino, d'essere ammessi all'esercizio temporaneo di tali diritti; così la legge richiede che gli eredi testamentari dell'assente propongano davanti al tribunale le loro istanze per la immissione nel possesso temporaneo de' beni *in contraddittorio degli eredi legittimi;* e che i legatari, donatari ed altri, domandino *in contraddittorio degli eredi* d'essere ammessi all'esercizio temporaneo dei loro diritti. Qualora gli eredi avessero già conseguito effettivamente il possesso de' beni dell'assente, si farebbe luogo per gli altri interessati, che volessero farsi ammettere all'esercizio provvisionale delle loro ragioni, ad intentare contro gli eredi medesimi vere azioni, per escluderli da quel possesso, e conseguirne la immissione a proprio vantaggio. Ma, supposto che il possesso non sia ancora stato ottenuto dagli eredi, non può esservi fondamento, com'è evidente, ad intentare contr'essi un'azione avente per oggetto il possesso medesimo. Tuttavia, trattandosi di far dichiarare dal tribunale l'esistenza dei diritti che gl'instanti invocano, e far ordinare la conseguente immissione in possesso, è giustifi-

cato giuridicamente che siano considerati come contraddittori legittimi a tali istanze coloro che hanno interesse ad opporsi alle chieste pronunzie, e che perciò debbano essi venir chiamati davanti al tribunale per proporre contro le istanze medesime le eccezioni che reputino di loro interesse. È inoltre opportuno il far precedere alla immissione in possesso, domandata da alcuni degl'interessati, una piena discussione intorno ai diritti da essi allegati, chiamando a contraddirvi gli altri aventi interesse opposto; anzichè procedere, senza contradditorio alcuno, sulla semplice istanza che ne sia fatta, ponendo così gli altri nella necessità d'intentare poscia azioni in giudizio per distruggere gli effetti di una immissione in possesso, che su quella istanza fosse stata indebitamente conceduta.

Abbiamo osservato ripetutamente che mentre gli eredi testamentari debbono proporre le loro istanze *in contraddittorio degli eredi legittimi*, i legatari, i donatari ed altri, che abbiano sui beni dell'assente diritti particolari dipendenti dalla condizione della morte di lui, debbono invece chiedere la loro ammissione all'esercizio temporaneo di tali diritti, *in contradditorio degli eredi testamentari o degli eredi legittimi*, secondo i casi. Conformi a ciò sono infatti le espressioni dell'art. 26; nel terzo paragrafo del quale è detto che i legatari, donatari ed altri, abbiano a procedere *in contradditorio degli eredi*, senza distinguere se testamentari o legittimi. Nè potrebbe essere diversamente. Gli eredi testamentari non hanno altri contradditori naturali alle loro istanze, che gli eredi legittimi; i soli che siano interessati a contestare l'esistenza e l'efficacia di quelle disposizioni testamentarie, a cui si vorrebbe dare esecuzione provvisoria, e l'effetto delle quali è d'impedire in tutto od in parte che abbia luogo la successione legittima a cui essi sarebbero chiamati. Coloro invece che hanno su determinati beni dell'assente diritti particolari subordinati al caso della morte di lui, e dopo dichiarata l'assenza, e trascorsi i sei mesi, chiedono d'essere ammessi all'esercizio temporaneo di quei

diritti, propongono istanze alle quali non hanno interesse di contraddire gli eredi legittimi dell'assente, se non quando non vi siano eredi testamentari da lui istituiti; poichè solo in mancanza di questi si fa luogo alla successione legittima, ed all'immissione provvisoria delle persone a cui essa si devolve nel possesso de' beni lasciati dall'assente. Nè perchè i legatari, donatari ed altri siano tenuti a procedere in contraddittorio degli eredi testamentari, anzichè dei legittimi, è necessario che agli eredi testamentari medesimi sia già stato dato il possesso dei beni dell'assente. Basta ch'essi siano legalmente conosciuti per l'aprimento già ordinato dal tribunale, ed eseguito, degli atti d'ultima volontà dell'assente; giacchè, posto ciò, manca senz'altro l'interesse degli eredi legittimi a sostenere il contraddditorio avverso le istanze degli aventi diritti particolari sui beni dell'assente, ond'essere ammessi ad esercitarli provvisoriamente.

Gli eredi legittimi invece, nelle loro domande per immissione in possesso, non hanno bisogno di procedere in contraddittorio d'alcuno; ed è per ciò che, secondo l'art. 794 del codice di procedura civile, sempre quando simili domande siano *proposte dagli eredi legittimi*, il tribunale *provvede in camera di consiglio*, come *nelle altre materie da trattare senza contradditore* (art. 778, n. 2 di detto codice); mentre se le domande per immissione in possesso temporaneo dei beni dell'assente *siano proposte da altri interessati*, fuor degli eredi legittimi, *si procede nelle forme stabilite per i giudizi sommarii* (detto art. 794, § 2°). Vero è che interessati a contraddire alle istanze degli eredi legittimi, per essere immessi in possesso temporaneo dei beni dell'assente, sarebbero gli eredi testamentari, s'egli ne ha lasciati; ma spetta a questi in tal caso, di farsi diligenti a chiedere la immissione in possesso, procedendo in contraddittorio degli eredi legittimi. Se anche, ad istanza di privati che credevano di avervi interesse, o del ministero pubblico, siasi fatto luogo all'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente, i quali contengano istituzione di eredi, i successori legittimi non

possono essere obbligati a farsi iniziatori d'un procedimento contro questi apparenti eredi testamentari, per far dichiarare le nullità di sostanza o di forma, dalle quali siano per avventura infetti gli atti testamentari che li favoriscono. I successori legittimi chiedono l'immissione in possesso in virtù della qualità che è loro attribuita dalla legge. Se altri pretende di aver diritti derivanti a favor suo da disposizioni testamentarie, in forza delle quali la successione legittima non possa aver luogo, spetta a lui di promuovere il contradditorio opponendo alle domande degli eredi legittimi i diritti che ritiene competergli.

L'esigersi dalla legge il contradditorio degli eredi legittimi sulle istanze che siano proposte dagli eredi testamentari, ed il contradditorio degli eredi o testamentari o legittimi su quelle che siano promosse da altri, che abbiano su determinati beni dell'assente diritti particolari subordinati al caso della morte di lui, al fine di conseguire l'immissione in possesso temporaneo de' beni dell'assente, o l'ammissione all'esercizio provvisionale di quei diritti, e l'essere stabilito nel codice di procedura che su tali istanze fatte in contradditorio debba essere pronunciato nelle forme dei giudizi sommari, porta per conseguenza che sulle contrarie pretensioni dei contendenti abbia ad essere aperta ed esaurita una completa discussione giudiziaria, e che le sentenze da pronunciarsi possano acquistare tra le parti stesse, e relativamente ai diritti controversi, la piena autorità di cosa giudicata.

Così, proposta la domanda d'immissione in possesso dagli eredi testamentari in contradditorio degli eredi legittimi dell'assente, potranno questi contestare la verità della scrittura del testamento olografo, o la validità del testamento pubblico o segreto per la forma; potranno contestarne l'efficacia quanto alla capacità del disponente o dei beneficati, quanto alla sostanza delle disposizioni, o quanto ai limiti della disponibile; e insomma potranno con tutti i mezzi di legge combattere il titolo invocato in appoggio della istanza per la immissione in possesso. Lo stesso sarà

quando si tratti di disposizioni particolari a titolo di legato, sul cui fondamento si domandi l'ammissione all'esercizio temporaneo dei diritti dipendenti dal legato stesso. Parimente, se si tratti d'altri diritti particolari, che si pretendano derivati da donazione o da altro contratto, gli eredi testamentari o gli eredi legittimi potranno eccepire la nullità della donazione o del contratto, sia per vizi di forma, o per cause intrinseche. E le sentenze, che vengano proferite su tali controversie, faranno stato tra i contendenti, non solo relativamente alla immissione in possesso temporaneo, ma eziandio quanto ai diritti rispettivi, pel caso in cui venga poi provata la morte dell'assente. Vero è che la sola immissione in possesso temporaneo ha data occasione alla contesa giudiziale; ma l'oggetto di essa consiste propriamente nel diritto, subordinato alla condizione della morte dell'assente, che ciascuna delle parti reclama in proprio favore, sul fondamento del qual diritto si disputa poi intorno al possesso temporaneo de' beni; talchè verificandosi identità di persone, di cosa, e di causa della domanda o della eccezione, nulla può ostare all'autorità della cosa giudicata.

Un'altra osservazione resta a farsi, che ci sembra non priva di qualche importanza per la maggiore esattezza e chiarezza delle idee. L'art. 26 parla nel § 2° della *immissione nel possesso temporaneo dei beni* dell'assente, che può essere domandata dagli eredi testamentari in contraddittorio degli eredi legittimi, e da questi, in mancanza di eredi testamentari; parla poi nel § 3° dell'*ammissione all'esercizio temporaneo dei diritti* competenti ai legatari, donatari, ed altri che abbiano sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui; ammissione che può essere chiesta in *contraddittorio degli eredi*, o testamentari, o legittimi secondo i casi. E nondimeno sì le une che le altre di queste domande sono comprese nella intitolazione generica di questa sezione *“ della immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente ”*.

Anche la dottrina ammette che " nel senso più generale, " le espressioni *possesso provvisorio*, *immissione provvisoria*, " comprendono tanto il possesso temporaneo dei beni del- " l'assente, conceduto agli eredi e successori, quanto l'eser- " cizio provvisionale dei diritti subordinati alla condizione " della morte dell'assente „ (1).

Ed è così veramente; perchè anche l'*ammissione all'esercizio temporaneo di diritti particolari* su determinati beni dell'assente non viene concessa a coloro ai quali codesti diritti appartengano, fuorchè a titolo di semplice *immissione provvisoria nel possesso dei beni*, che dei diritti medesimi formino oggetto. Però fra l'una e l'altra di queste specie di domande corre una differenza notevolissima. Nei casi contemplati nel secondo paragrafo dell'art. 26 si tratta dell'immissione in possesso *della universalità*, o di una quota parte dei beni tutti lasciati dall'assente; in quelli a cui si riferisce il terzo paragrafo trattasi invece del possesso, che vien domandato, *di determinati beni*, per esercitare temporaneamente sovr'essi particolari diritti.

166. — Parlando dunque prima di coloro che possono chiedere la immissione in possesso della universalità o di una quota parte di tutti i beni lasciati dall'assente dichiarato; essi sono, secondo l'espressa disposizione dell'art. 26, § 2°, *gli eredi di testamentari, ed i legittimi*. Questi però non possono proporre le loro istanze, se non in mancanza di quelli; e gli eredi testamentari non possono agire, se non in contradditorio dei legittimi. Ciò pei motivi e per gli effetti già dimostrati nel numero precedente. Ed osservammo pure nel medesimo luogo che la preferenza accordata agli eredi testamentari in confronto dei legittimi, i quali solo *in mancanza* di quelli possono domandare l'immissione in possesso temporaneo, mentre si conforma per analogia al principio stabilito in materia di successioni dall'art. 720 § 2° del nostro codice,

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 152, nª 12.

costituisce una importante innovazione introdotta dal codice Albertino, seguìta dall'Estense, completata dall'attuale; poichè altri codici anteriori stabilivano invece per massima, che l'immissione in possesso provvisionale dei beni dell'assente dichiarato spettasse innanzi tutto ai presunti eredi legittimi di lui, e solo contro di essi potessero poi agire per essere ammessi all'esercizio provvisorio delle loro ragioni coloro che avessero sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui, e segnatamente quelli a cui spettassero simili diritti in virtù del testamento lasciato dall'assente, ancorchè fossero istituiti eredi universali. Notammo eziandio come il codice Albertino, e ad imitazione di esso l'Estense, nelle disposizioni con cui ammettevano gli eredi testamentari a poter chiedere, in contraddittorio dei legittimi, l'immissione in possesso de' beni dell'assente dichiarato, parlassero specialmente del caso in cui *vi fosse qualche testamento sigillato.* È fu per reminiscenza di ciò, che alcuni espositori del codice italiano commentando l'art. 26, laddove obbliga gli eredi testamentari, chiedenti l'immissione in possesso, a procedere in contraddittorio degli eredi legittimi, opinarono che tale disposizione sia da applicarsi soltanto *quando trattisi di eredi istituiti in un testamento chiuso*, ed invece gli eredi istituiti in un testamento pubblico od olografo, avendo anch'essi il diritto d'essere immessi in possesso a preferenza degli eredi legittimi, non abbisognino a tale uopo del contraddittorio di questi ultimi (1). Non sembra però che sia accettabile questa interpretazione limitativa; alla quale osta troppo manifestamente il testo stesso generale ed assoluto della legge, che senza punto distinguere parla in genere degli *eredi testamentari dell'assente.* D'altronde, o si tratti di *testamento chiuso*, o di testamento pubblico od olografo non suggellato, non si scorge in tutto ciò ragione alcuna di differenza tra l'un caso e l'altro; mentre si

---

(1) V. ASTENGO ed altri, op. cit., vol. I, art. 26, § V, p. 295, 296.

suppone che all'atto in cui si richiede l'immissione in possesso abbia già preceduto l'apertura giudizialmente ordinata del testamento, e mentre in nessuno di quei casi cangiano menomamente i motivi pei quali il legislatore ha voluto che l'immissione in possesso a vantaggio degli eredi testamentari sia chiesta in contradditorio degli eredi legittimi. L'argomento unico, addotto in appoggio dell'opinione che rigettiamo, consiste nell'osservare che gli eredi istituiti in un testamento pubblico, a differenza di quelli nominati in un testamento chiuso, avranno già avuto il contradditorio degli eredi legittimi sull'istanza per la dichiarazione d'assenza, a norma dell'art. 22 del codice civile. Ma, innanzi tutto, questa differenza non sussisterebbe, secondo l'interpretazione che abbiamo creduto doversi dare al predetto art. 22; giacchè anche gli eredi istituiti in un testamento segreto avrebbero diritto a domandare la dichiarazione di assenza, agendo però essi pure in contradditorio degli eredi legittimi (1). Inoltre, come abbiamo osservato nel medesimo luogo, non è nel procedimento sulla domanda per dichiarazione di assenza, che facciasi luogo a discutere a fondo i diritti rispettivamente accampati dai richiedenti. In quello stadio si tratta semplicemente di delibare i titoli addotti, per riconoscere se sia giustificata abbastanza la *credenza* dei richiedenti medesimi di avere un interesse legittimo a far dichiarare l'assenza. È solo quando, dopo già pronunciata tale dichiarazione, viene chiesta dagli aventi diritto la immissione in possesso temporaneo dei beni dell'assente, che si rende necessario discutere pienamente e definire se tale diritto veramente sussista; ed allora perciò è indispensabile che anche gli eredi istituiti in un testamento pubblico, non meno di quelli istituiti in testamento segreto, provochino il contradditorio degli eredi legittimi, che hanno interesse di oppugnare il titolo a cui quegli eredi testamentari appoggiano la loro domanda d'immissione in

(1) V. sopra, n. 157, p. 581-585, n. 158, p. 589-591.

possesso. In fine, un'altra riflessione è ancora da farsi. La dichiarazione d'assenza può essere stata promossa e pronunciata ad istanza di tutt'altri che degli eredi istituiti dall'assente per testamento pubblico, od olografo non chiuso. E perchè, in tal caso, dovrebbesi far luogo alla immissione in possesso di questi eredi, senza che fosser chiamati a contraddire alla loro domanda gli eredi legittimi, i quali possono avere buon fondamento a dimostrare che quel testamento pubblico, per la prima volta prodotto, non debba avere efficacia a pro di coloro che lo invocano, e perciò sia da negarsi ad essi la immissione in possesso che domandano?

La legge ammette per primi, a poter chiedere l'immissione in possesso de' beni *gli eredi testamentari dell'assente.* Ma ben s'intende, che ciascuno di loro non può proporre la relativa istanza se non per proprio conto, e quindi per la sola quota che dalle disposizioni testamentarie dell'assente gli sia attribuita. S'egli avesse disposto a titolo universale d'una parte sola delle proprie sostanze, farebbesi luogo per l'altra alla successione legittima (art. 720, codice civile), epperciò sarebbero gli eredi legittimi, che per questa ultima parte del patrimonio dell'assente avrebbero qualità per domandare l'immissione in possesso.

Se poi, avendo l'assente esaurita tutta la sua sostanza in disposizioni a titolo universale a pro di persone diverse, alcune soltanto di esse chiedessero la immissione in possesso, continuerebbero, per la parte dei beni spettante agli altri eredi testamentari non chiedenti la immissione in possesso, i provvedimenti stabiliti dalla legge pel periodo dell'assenza presunta, in fino a che gli aventi diritto non domandassero il possesso delle quote di beni ad essi spettanti.

In mancanza di eredi testamentari, la immissione in possesso può essere chiesta dagli eredi legittimi dell'assente. Ma quale interpretazione deve darsi a quelle prime parole, che abbiamo ripetute conformemente al testo letterale dell'art. 26, § 2° ?

Potrebbe dubitarsi se, a tenore della surriferita espressione, gli eredi legittimi abbiano facoltà di domandare la immissione in possesso solamente quando l'assente non abbia lasciato testamento, oppure in questo non vi sia istituzione di erede; o se invece competa loro una tale facoltà quando pure essendovi eredi testamentari, essi però non chiedano d'essere immessi in possesso de' beni.

Non si può disconoscere che alla prima di queste opinioni è manifestamente più favorevole la formola assoluta adoperata nel testo, che parla della *mancanza di eredi testamentari*. A ciò è da aggiungersi inoltre, che con una interpretazione diversa la disposizione del legislatore non raggiungerebbe lo scopo ch'egli si propose nell'ordinare che gli eredi testamentari siano i primi a poter chiedere la immissione in possesso, giacchè questi potrebbero essere prevenuti nella domanda dagli eredi legittimi; ciò che farebbe dipendere la preferenza per la immissione in possesso dalla prontezza nel proporne la istanza, piuttosto che dalla qualità delle persone, come la legge vuole; e costringerebbe poi gli eredi testamentari, per far valere i loro diritti, ad intentare azione contro gli eredi legittimi per escluderli dal possesso che già avessero conseguito. Nondimeno, nella prima edizione di questo lavoro ci eravamo indotti a ritenere in contrario, che bastasse l'astenersi degli eredi testamentari dal chiedere l'immissione in possesso, per autorizzare gli eredi legittimi a domandarla in proprio favore; e ciò per riguardo agli inconvenienti derivabili dal sistema che risulterebbe dall'accennata più naturale interpretazione del testo della legge. Notammo, a tale proposito, potersi verificare che coloro i quali fossero istituiti eredi nel testamento, si astenessero deliberatamente dal chiedere la immissione in possesso; sia perchè sapessero non poter avere efficacia in loro vantaggio la liberalità del testatore, per incapacità di lui a disporre, o per incapacità loro a ricevere, o per nullità di forma, o per vizio intrinseco, o per rivocazione avvenuta; sia pure perchè, potendo approfittare

della disposizione testamentaria, tuttavia per qualsiasi motivo non lo volessero. Intanto — dicevamo — sarebbe ingiusto che la loro inazione paralizzasse l'esercizio delle ragioni spettanti agli eredi legittimi. D'altra parte facevamo osservare che gli eredi chiamati dalla legge hanno sempre, per la stessa loro vocazione alla successione, la qualità necessaria per chiedere legittimamente la immissione in possesso dei beni dell'assente; e che la domanda di simile immissione, dalla parte degli eredi testamentari, non è che una facoltà ch'essi hanno per legge, e ad essi soli appartiene di esercitarla, o no, secondo che reputino conveniente pel loro interesse.

Per altro, una riflessione più ponderata su questi argomenti ci persuase di dover modificare le conclusioni che ne avevamo dedotte. È vero in massima che gli eredi legittimi hanno per la stessa loro vocazione alla successione la qualità legale per poter domandare l'immissione in possesso de' beni dell'assente; ma una tale vocazione non si verifica allorchè altri siano stati dall'assente istituiti eredi per testamento, giacchè solo quando manchi in tutto od in parte la successione testamentaria, si fa luogo alla successione legittima (art. 720, cod. civile).

È vero ancora che l'immissione in possesso dei beni dell'assente non ha luogo *di pien diritto*, come avverrebbe qualora fosse dimostrato che la successione di lui si fosse aperta per la morte (art. 925, cod. civile); e che dipende dall'istanza da farsene dagli eredi stessi, pei quali è perciò questa una mera *facoltà*, e se essi non la esercitassero non potrebbe supplirvi d'*ufficio* il tribunale. Ma da ciò deriva soltanto, che qualora gli eredi legittimi facciano istanza per essere immessi in possesso, e nessuno vi si opponga fondandosi sulla esistenza della successione testamentaria, non possa il tribunale rilevare d'ufficio questa circostanza, ancorchè risultata dall'apertura da esso ordinata del testamento dell'assente, e farne motivo di reiezione della domanda dagli eredi legittimi. Però, se gli eredi testamentari

si presentano a contestare tale domanda, pur non volendo essi medesimi assumere il possesso dei beni, o per rispetto all'assente, che credano tuttora in vita, e di cui attendano forse non lontano il ritorno, o per qualunque altro motivo, non è ammissibile che quel benefizio, di cui non vogliono giovarsi gli eredi testamentari, i quali soli vi avrebbero diritto, si devolva a profitto degli eredi legittimi, che non vi hanno diritto alcuno, non facendosi luogo alla successione legittima quando esiste la testamentaria. Ed anche non presentandosi gli eredi testamentari, il procuratore che l'assente avesse lasciato potrebbe in tal caso opporsi nell'interesse dell'assente medesimo all'infondata domanda d'immissione in possesso degli eredi legittimi. Vero è, in fine, poter accadere che gli eredi testamentari stiano inerti perchè conoscano l'inefficacia delle disposizioni testamentarie dell'assente in loro favore. Ma a ciò vi è rimedio; poichè gli eredi legittimi possono in tal caso chiamare davanti al tribunale quelli che sarebbero istituiti nel testamento dell'assente, per far dichiarare in loro contradditorio che spetta ad essi eredi legittimi il diritto al possesso dei beni, per la nullità delle disposizioni testamentarie.

In seguito alle riflessioni sovra esposte, ecco pertanto quali sarebbero le massime in cui conchiuderemmo.

Non ostante l'esistenza, ancorchè notoria, di atti d'ultima volontà, con cui l'assente abbia nominati eredi testamentari, gli eredi legittimi possono domandare l'immissione in possesso temporaneo de' beni dell'assente medesimo. E se quegli atti d'ultima volontà non siano stati legalmente aperti a norma dell'art. 26, § 1, codice civile, o se anche essendo stati aperti, e risultandone la istituzione d'eredi, nessuno degli aventi diritto si opponga all'istanza degli eredi legittimi, questa dovrà essere accolta. Qualora invece vi si oppongano gli eredi istituiti, sebbene non reclamando in proprio favore l'immissione in possesso, od anche vi si opponga il procuratore che l'assente abbia lasciato, la do-

manda degli eredi legittimi dovrà essere respinta. Gli eredi legittimi però possono, in ogni caso, opporre in contraddittorio degli eredi istituiti, la nullità degli atti d'ultima volontà dell'assente, e dimostrandola, conseguire l'immissione in possesso.

Il legislatore volle definire quale sia il tempo, in relazione a cui debbansi determinare i diritti successorii di coloro che agiscano in qualità di eredi legittimi dell'assente; e dichiarò che, in mancanza di eredi testamentari, potrà essere domandata al tribunale la immissione nel possesso temporaneo dei beni da " quelli che sarebbero stati eredi " legittimi, *se l'assente fosse morto nel giorno a cui risale " l'ultima notizia della sua esistenza* " (detto art. 26, § 2, codice civile). Ma perchè riferirsi a tal giorno, anzichè a quello in cui sia stata pronunciata o sia divenuta produttiva de' suoi effetti la sentenza dichiarante l'assenza, od a quello in cui sia stata proposta la domanda per la immissione in possesso? Le spiegazioni di questa massima, date dagli autori, sono state varie. Qualcuno l'ha fatta dipendere da una *presunzione di morte dell'assente;* la quale presunzione risalendo fino al giorno dell'ultimo segno di vita dato dall'assente medesimo, al giorno cioè, della sua scomparsa o delle ultime sue notizie, sarebbe dunque a tal tempo che dovrebbe riferirsi la determinazione dei diritti alla successione per coloro che chiedono la immissione in possesso, quasi trattandosi di una specie di apertura provvisoria della successione stessa (1). Ma quest'argomentazione non potrebb'essere accolta, se — come ci parve dimostrato — neppure nello stadio della dichiarazione d'assenza si verifica presunzione di morte dell'assente, nè apertura provvisoria della successione di lui (2). Altri, riconoscendo impossibile ammettere la presunzione di morte dell'assente nel giorno stesso in cui egli abbia abbandonato il proprio domicilio, od abbia

(1) V. Demolombe, t. II, n. 82, 83.
(2) V. sopra, n. 134, p. 442-445, n. 136, p. 465-468.

scritte le ultime sue notizie, perchè una simile presunzione non avrebbe alcun fondamento di probabilità, disse semplicemente che " essendo indispensabile fissare un'epoca, la legge, " nell'assoluta incertezza in cui si è circa la sorte che sia toc- " cata all'assente, *si è decisa per quella in cui egli ha dato* " *l'ultimo segno di vita* „ (1). Così il criterio adottato dal legislatore, nello stabilire un punto di tanta importanza, non avrebbe avuta alcuna base speciale di ragione, e sarebbe stato determinato unicamente dalla necessità di fissare in qualunque modo un momento preciso, a cui si dovesse avere riguardo per riconoscere i diritti eventuali di successione di coloro che chiedono l'immissione in possesso dei beni dell'assente. Eppure crediamo che il legislatore, nel dichiarare che abbiano diritto a possedere i beni dell'assente, quali eredi legittimi, coloro che per legge sarebbero stati chiamati a succedergli *s'egli fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza* — come fu detto nel codice nostro con formola più compendiosa ed esatta che nei codici precedenti — abbia seguìto un concetto positivo e perfettamente razionale. Anzichè tentare di dimostrarlo con argomenti nostri, che di certo riuscirebbero meno efficaci, ci sia permesso di riferire quelli di un autore, dal quale ci sembra essere stato chiarito questo punto con idee molto più precise e sicure di quelle che si vollero sostituire dai più moderni.

" Se il codice — diceva quel giureconsulto — preferisce " gli eredi presuntivi dell'assente al tempo in cui cessò di " farsi vedere, o delle ultime notizie di lui, non è perchè " a questo tempo lo presuma morto. Una simile presun- " zione sarebbe quasi sempre contraria alla verità; essendo " certo, per esempio, che l'assente viveva ancora nel giorno " in cui egli ha scritto per dare sue notizie.

" L'assente non è, agli occhi della legge, reputato vivo, " nè morto; ma essendone divenuta incerta l'esistenza

(1) V. Laurent, t. II, n. 162.

" dopo la sua scomparsa o le ultime sue notizie, è necessario preferire quelli che erano suoi eredi presuntivi a " questo tempo. Imperocchè, se altri pretendessero d'escluderli, allegando d'essere preferibili in relazione al giorno " della dichiarazione d'assenza, o ad un altro momento " intermedio, incomberebbe a loro di provare che l'assente " fosse ancora vivo in quello stesso momento in cui sorgeva per loro il diritto di escluder quelli che la legge " chiamava nel dì della scomparsa o delle ultime notizie " dell'assente. Spetta infatti a coloro i quali avrebbero interesse che l'assente fosse stato ancora in vita in un determinato tempo, di somministrarne la prova, secondo " la massima " *ei incumbit probatio qui dicit* „ (L. 2, ff. *De probat.*). Dovendo dare i beni dell'assente ai suoi eredi, la " legge non poteva dunque che preferire quelli i quali " erano chiamati alla successione al momento della scomparsa o delle ultime notizie dell'assente, e quindi i loro " eredi od aventi causa „ (1).

Alla Commissione incaricata della coordinazione del codice italiano uno dei commissari osservò " essere censurabile il sistema secondo il quale la immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente si attribuisce agli " eredi legittimi nel giorno a cui risale l'ultima notizia " della sua esistenza; ed esser più giusto e più legale di " preferire coloro che si troverebbero eredi legittimi dell'assente dopo una certa epoca da che scomparve o si " ebbero sue notizie „. Ma risposero altri che " questo " sistema non sarebbe neppur esso senza inconvenienti, e " che quello seguìto dal progetto era conforme a tutti gli " altri codici, e dovunque ammesso „. Ciò bastò perchè lo stesso proponente non insistesse. E veramente sarebbe stato difficile immaginare un criterio abbastanza fondato per determinare un momento, dopo cominciata la presunzione di assenza, nel quale potesse reputarsi avvenuta la morte

(1) V. Toullier, t. I, n. 422.

dell'assente, e in relazione a quel tempo fissare quindi i diritti alla successione di lui. Mancando la prova della morte, e tutto riducendosi alla completa incertezza sulla esistenza dell'assente, nient'altro era possibile che riferirsi al giorno in cui quella incertezza ha avuto cominciamento.

Dal principio stabilito dalla legge, che in mancanza di eredi testamentari il possesso temporaneo dei beni dell'assente può essere domandato da quelli che ne sarebbero stati eredi legittimi s'egli fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza, segue naturalmente che tale diritto non possa spettare a coloro i quali siano nati dopo trascorsi trecento giorni da quell'ultima notizia della vita dell'assente. La legge presume che la gestazione non possa durare più di 300 giorni (articolo 160, codice civile); non può dunque reputarsi concepito nel tempo a cui risale l'ultima notizia di esistenza dell'assente chi nacque più di 300 giorni dopo; e poichè non sono capaci di succedere coloro che non siano ancora concepiti al tempo dell'apertura della successione (art. 724, cod. civ.), è indubitabile che non sarebbe stato erede legittimo dell'assente, s'egli fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza, il parente venuto alla luce dopo quel termine di 300 giorni. A quel parente non concede pertanto la legge il diritto dell'immissione in possesso temporaneo dei beni che l'assente ha lasciati. Su ciò la dottrina è concorde (1).

Dal medesimo principio segue altresì, che per determinare quali siano le persone che abbiano diritto d'invocare la immissione in possesso, siano da applicarsi le identiche norme stabilite dalla legge per la successione legittima; non perchè di questa si reputi verificata l'apertura almeno provvisoria, ma perchè il legislatore ha attribuito lo speciale diritto del possesso temporaneo dei beni dell'assente

(1) V. Duranton, t. I, n. 439; Aubry e Rau, t. I, § 152, nª 5; Laurent, t. II, n. 162.

a quegli stessi che ne sarebbero stati eredi legittimi se egli fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza. Le regole della successione legittima, in relazione a questo tempo, debbono dunque seguirsi tanto rispetto all'*ordine* della successione, quanto al *grado* di parentela che ad essa può dar luogo; nè si potrebbe prescindere dall'osservare quelle che riguardano la *capacità di succedere* e il diritto di *rappresentazione*. — Così, se l'assente, nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza, avesse avuto un fratello, ed un figlio d'altro fratello premorto, amendue potrebbero chiedere la immissione in possesso; il primo per diritto proprio, il secondo per rappresentazione, a norma dell'art. 732, cod. civile. Ma se invece avesse avuto un cugino germano ed un figlio d'altro cugino premorto, il primo soltanto avrebbe diritto al possesso dei beni, come più prossimo congiunto dell'assente (art. 742, cod. civile); non potendo il figlio dell'altro cugino predefunto invocare la rappresentazione di questo ultimo, secondo il surricordato articolo 732. Così pure, tra più ascendenti dell'assente, il più prossimo escluderebbe il più remoto dall'immissione nel possesso de' beni, perchè lo escluderebbe parimente dalla successione (articolo 731, cod. civile).

Qualora pertanto sorgessero contestazioni tra più pretendenti al possesso dei beni dell'assente in qualità di presunti eredi legittimi di lui, tali controversie dovrebbero essere risolte in contradditorio, non diversamente da ciò che avviene quando i presunti eredi legittimi contestino la domanda d'immissione in possesso di coloro che si presentino quali eredi testamentari; e la decisione del tribunale dovrebb'essere pronunciata applicando le regole stesse, che secondo la legge sarebbero da osservarsi se si trattasse della successione dell'assente, la cui morte fosse avvenuta nel giorno dell'ultima notizia dell'esistenza di lui.

Ma il principio, che il possesso de' beni debba esser

dato a coloro che sarebbero stati eredi legittimi dell'assente, s'egli fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza, dovrà adunque applicarsi con tanto rigore, che essendovi più parenti di grado disuguale, l'uno de' quali escluderebbe l'altro dalla successione, e trascurandosi dal più prossimo d'invocare l'immissione in possesso, non possa domandarla il più remoto?

Per la risposta a codesto quesito soccorrono principii analoghi a quelli che accennammo sopra relativamente al caso di conflitti tra gli eredi testamentari ed i legittimi. Tutti coloro, che nel giorno a cui risale l'ultima notizia di esistenza dell'assente sarebbero stati successibili a lui per legge, hanno per ciò stesso qualità legale per potere eventualmente invocare la immissione in possesso de' beni. Nè per conseguirla effettivamente sono tenuti a provare d'essere i parenti dell'assente più prossimi a lui in grado nel tempo da cui parte la presunzione di assenza. Per dimostrare ciò sarebbe necessario escludere che a quel tempo esistesse alcun altro parente di grado più vicino, somministrare cioè una *prova negativa*, talora impossibile. D'altronde spetta a coloro che pretendano di essere i veri chiamati alla successione dell'assente, nel giorno a cui risalgono le ultime notizie dell'esistenza di lui, il rendersi diligenti chiedendo a proprio vantaggio l'immissione in possesso dei beni, e provando la qualità che allegano. Se essi tacciono, e nessuna contestazione vien sollevata contro l'istanza dei congiunti di grado più remoto, non è certamente al tribunale che possa spettare di rilevare d'ufficio le opposizioni, che potrebbero esser fatte da altri più prossimi congiunti dell'assente, le quali sono evidentemente d'interesse meramente privato, trattandosi di stabilire a chi spetti di porsi in possesso de' beni, di amministrarli e di goderne in tutto od in parte le rendite. Ma se la contestazione venga promossa da chi ne abbia il diritto, è indispensabile risolverla; e qualora si provi che persone diverse da quelle richiedenti l'immissione in pos-

sesso *sarebbero state eredi legittimi dell'assente s'egli fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza*, l'istanza deve necessariamente essere respinta, poichè non ai richiedenti predetti, ma a queste altre persone è attribuita dall'espressa disposizione dell'art. 26, § 2°, il diritto di possedere i beni dell'assente. In questo senso troviamo risoluta la questione in un'opera, in cui la profondità dei principii è assai superiore alla mole. " L'erede che domanda l'immissione in possesso provvi- " sionale — ivi è detto — non ha l'obbligo di provare di " essere il più prossimo erede; *salvo che sorga controversia* " *fra due o più eredi, gli uni dei quali pretendano di esclu-* " *dere gli altri, fondandosi sulla prossimità del loro grado di* " *parentela coll'assente* „ (1). A ciò non avremmo che una sola osservazione da fare. La limitazione apposta dall'autore alla sua proposizione non potrebb'essere intesa nel senso che la domanda del successibile, per ottenere l'immissione in possesso de' beni dell'assente, sia da respingersi solamente quando altri, che provi d'essere più prossimo in grado di parentela, chieda in contradditorio di quello di esser posto a preferenza in possesso.

Se anche egli non faccia questa domanda, ma si limiti a contestare il diritto del parente più lontano, l'istanza di quest'ultimo deve ciò non ostante essere irremissibilmente respinta, dappoichè è dimostrato che non egli, ma l'opponente, sarebbe stato erede legittimo dell'assente nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza. Il farsi, o no, immettere in quel possesso è una mera facoltà attribuita dalla legge al vero erede; egli ne usa legittimamente tanto chiedendo tale immissione, quanto astenendosene; e se per qualsiasi motivo preferisce appunto di non richiedere la immissione in possesso, ciò non può fornir titolo per domandarla al parente più lontano, che non vi ha verun diritto in confronto del più pros-

(1) V. Zachariae, t. I, § 152, n° 1.

simo, quantunque sia egli pure tra i successibili eventualmente. Oltre a ciò ritorna qui opportuna una osservazione, che già abbiamo fatta parlando del conflitto tra gli eredi testamentari ed i legittimi. Qualora l'assente avesse lasciato un procuratore per rappresentarlo ed amministrare il patrimonio, senza limitazione di tempo, o colla prefissione d'un termine non ancora scaduto, ciò non impedirebbe — come vedemmo — che dopo sei anni continui di assenza presunta si facesse luogo alla dichiarazione giudiziale, all'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente, ed all'immissione degli eredi in possesso dei beni. Ma se la domanda di questo possesso fosse proposta da un remoto parente che non vi avesse diritto, il procuratore dell'assente potrebbe intervenire ed opporsi nell'interesse del suo mandante; e gli basterebbe provare che non al richiedente, ma ad altro congiunto più prossimo appartenesse la facoltà di chiedere l'immissione in possesso, per far respingere l'istanza, ed impedire con ciò che i beni del suo mandante passassero in mano di persona non avente il diritto di possederli, e fossero da questa illegittimamente amministrati e goduti in pregiudizio dell'assente.

Formuleremmo pertanto la conclusione nostra nei seguenti termini: che chi domanda, in qualità di erede legittimo, la immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, non è tenuto per ciò solo a provare d'essere il più prossimo successibile; ma qualora l'istanza sia contestata da altra persona avente interesse, la quale dimostri che l'instante non sarebbe stato il vero erede legittimo al tempo da cui parte la presunzione di assenza, ciò basta perchè la domanda debba essere respinta, ancorchè l'opponente non chieda a proprio favore la immissione in possesso. Con ciò saremmo coerenti alla massima dimostrata commentando gli articoli 21 e 22, nei quali dicemmo doversi intendere per *presunti eredi legittimi*, non i *successibili* in genere, ma solamente *coloro che sarebbero chiamati per legge*

alla successione dell'assente, supponendo avvenuta la morte di lui nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza (1). E modificheremmo così l'opinione espressa nella precedente edizione, che i più remoti parenti successibili dell'assente potessero porre in mora i più prossimi eredi, facendo prefiggere dal tribunale un termine entro cui questi dovessero chiedere la immissione in possesso, e in mancanza di ciò spettasse ai richiedenti il diritto di conseguire in proprio favore tale immissione.

Quella opinione veramente trovava appoggio nella massima professata dal maggior numero degli autori francesi, i quali insegnavano che " in caso d'inazione dei parenti " più prossimi, quelli che si trovano ad un grado più re- " moto sono ammessi a richiedere la immissione in pos- " sesso " (2). Ma tale proposizione ci è poi parsa, riflettendovi meglio, soverchiamente assoluta. Certamente — come ora osservammo — chi si presenta a chiedere il possesso dei beni dell'assente nella qualità, che dimostri, di successibile a lui per legge, non ha bisogno di somministrare inoltre prove che escludano l'esistenza d'altri più prossimi eredi; e se niuno contrasti la domanda di costui, dovrà essere accolta. Ma qualora si oppongano a tale istanza altri parenti dell'assente, i quali provino che ne sarebbero stati essi gli eredi legittimi nel giorno da cui partì la presunzione di assenza, ancorchè non domandino in proprio favore la immissione in possesso, l'istanza dev'essere respinta. Nè i più remoti successibili, che non hanno attualmente alcun diritto da far valere, possono pretendere di costringere i veri eredi a chiedere entro un termine da stabilirsi la immissione in possesso, mentre il domandarla, o no, è una mera facoltà ad essi attribuita dalla legge, e ch'essi possono liberamente esercitare, ed esercitano di fatto tanto facen-

---

(1) V. sopra, n. 143, p. 513, n. 152, p. 580.

(2) V. Toullier, t. I, n. 399; Demolombe, t. II, n. 77; Aubry e Rau, t. I, § 152, nª 4; Laurent, t. II, n. 162; p. 210.

dosi dare il possesso dei beni, quanto astenendosene. Nè possono pretendere coloro di sostituirsi in quel possesso, a cui non hanno alcun diritto, ai veri eredi nel caso che questi non lo domandino entro un dato termine, ed amministrare intanto beni che a loro non spettano, e lucrarne in parte le rendite a pregiudizio dell'assente o di chi legittimamente lo rappresenta.

Un'altra osservazione crediamo ancora opportuno di fare su questo argomento. La qualità di *erede legittimo* dell'assente, per gli effetti della immissione in possesso dei beni di lui, a senso dell'art. 26, § 2°, si determina *in relazione al tempo da cui parte la presunzione di assenza;* senza riguardo agli eventi che possano essersi verificati ulteriormente nell'intervallo fra il tempo predetto e quello della immissione in possesso. Se pertanto uno di quelli, che sarebbero stati eredi legittimi dell'assente qualora egli fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza, fosse venuto a mancare dopo, il diritto d'immissione in possesso sarebbe esercibile, per la quota spettante a costui, da chi gli fosse succeduto quale erede per testamento o per legge — come vedremo nel numero seguente — ma non si devolverebbe agli altri che sarebbero eredi legittimi dell'assente se la successione di lui si aprisse nel giorno stesso in cui si facesse luogo alla immissione in possesso.

Così, supposto che nel giorno della scomparsa o dell'ultima notizia dell'assente ne fossero superstiti due cugini germani, uno dei quali fosse morto posteriormente lasciando un figlio, questi pure avrebbe diritto all'immissione in possesso per la sua parte, come subentrato *jure hereditario* nei diritti del padre; mentre se si accordasse il possesso a coloro che sarebbero presunti eredi legittimi dell'assente nel giorno in cui l'immissione in possesso avviene, il solo cugino sopravvivente vi avrebbe diritto, non potendo il figlio dell'altro cugino predefunto invocarne la rappresentazione.

167. — Il *diritto facoltativo* attribuito dalla legge agli eredi testamentari, ed in loro mancanza agli eredi legittimi dell'assente, di domandare al tribunale la immissione nel possesso temporaneo dei beni, non è da riguardarsi come *esclusivamente inerente alle persone* alle quali è concesso; e però anche i creditori di tali persone possono in nome di esse esercitare il diritto predetto, in virtù dell'azione surrogatoria conceduta dall'art. 1234, cod. civile (1). Tale almeno ci sembra l'opinione preferibile nella controversia vivissima che si agita su questo punto tra gli autori francesi. Alcuni di essi professano codesta opinione, e la giustificano con argomenti gravissimi (2). Altri contrappongono per l'opinione opposta ragioni pure importanti, ma che nondimeno non ci sembrano prevalenti, per le riflessioni che ora esporremo (3).

L'art. 1234 del codice civile accorda ai creditori di poter esercitare, pel conseguimento di quanto è loro dovuto " *tutt'i diritti e tutte le azioni del debitore, eccettuati quei di-* " *ritti che sono esclusivamente inerenti alla persona del debi-* " *tore* ". Quali sono i diritti da riguardarsi come *esclusivamente inerenti alla persona del debitore?* Sono quelli che *non presentano un interesse pecuniario ed attuale*, o che anche presentandolo, sia per un testo speciale, o per argomento di analogia dedotta da una disposizione di legge, sia pel motivo e per lo scopo in vista di cui quel dato diritto è conceduto al debitore, non possono essere esercitati che da lui stesso personalmente, od almeno non possono essere esercitati da altre persone contro la volontà di lui (4).

---

(1) V. sopra, n. 156, p. 579.

(2) V. De Moly, *Tr. des absents*, n. 151, ss.; Talandier, *Nouveau traité des absents*, p. 117; Demolombe, t. II, n. 61, 78; Aubry e Rau, t. IV, § 312, nª 44.

(3) V. Plasman, *Code et traité des absents*, t. II, p. 295-301; Demante, *Encyclopédie*, vº *Absent*, p. 52, nª 2; Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. I, art. 1166, n. 8; Laurent, t. II, n. 187.

(4) V. Aubry e Rau, t. IV, § 312, nª 23.

Ora può forse riguardarsi come *esclusivamente personale*, sotto qualcuno di questi aspetti, il diritto che il debitore abbia, come erede testamentario o legittimo d'un assente, di chiedere la immissione in possesso temporaneo dei beni di lui? Che questo diritto offra un interesse pecuniario ed attuale, non è possibile certamente negarlo. Si tratta di conseguire il possesso di quei beni, di amministrarli nell'interesse principalmente del successore presunto dell'assente, di esercitare giudizialmente, occorrendo, pure a vantaggio eventuale di questo presunto erede, le ragioni spettanti all'assente, e di far proprie in tutto od in parte le rendite dei beni medesimi (art. 28, cod. civile). E tutto ciò non costituisce forse un *interesse pecuniario ed attuale?*

Non vi è alcuna legge speciale, da cui sia disposto, o da cui possa argomentarsi per analogia, che il diritto di chiedere la immissione in possesso sia ritenuto esercibile solo personalmente dagli eredi testamentari o legittimi dell'assente. Anzi lo stesso articolo 26 § 2° dimostra il contrario, coll'ammettere che tale diritto possa essere esercitato anche *dai rispettivi eredi*.

Resterebbe che la stretta personalità del diritto potesse argomentarsi dallo scopo per cui esso è conceduto dalla legge agli eredi testamentari o legittimi dell'assente, sicchè coerentemente allo spirito della legge medesima non avesse a reputarsi esercibile quel diritto se non dagli eredi personalmente, o col concorso almeno tacito della loro volontà. Ma quello scopo consiste, come abbiamo dimostrato, nel provvedere al governo più regolare e completo del patrimonio lasciato dall'assente, dandone il possesso a coloro ai quali l'eredità di lui spetterebbe nel caso che ne fosse avvenuta la morte nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza, i quali perciò — secondo le maggiori probabilità dopo la dichiarazione d'assenza — sono forse già i veri proprietari attuali dei beni, componenti quel patrimonio; e nel dar quindi ai medesimi eredi il modo di poter amministrare nel loro interesse

i predetti beni, migliorarli, e percepirne intanto e far proprie in tutto o nella maggior parte le rendite. Or tutto ciò non è di un interesse *attinente esclusivamente alle persone* degli eredi, talchè se ne possa dedurre che da loro unicamente, o almeno solo col loro consenso espresso o tacito, possa essere esercitato il diritto alla immissione in possesso; ma è d'interesse *attinente al patrimonio* degli eredi stessi, ond'è logico inferirne che anche tale diritto possa essere in loro nome esercitato da quelli a cui spetta di far valere nel proprio interesse le ragioni e le azioni tutte formanti parte del patrimonio di quegli eredi. In tale condizione appunto si trovano i creditori, secondo il disposto dell'articolo 1234 del codice civile. I loro debitori, eredi testamentari o legittimi dell'assente, hanno eventualmente la proprietà dei beni da questo lasciati, dato ch'egli sia morto nel giorno da cui parte la presunzione di assenza, o nell'intervallo posteriore. In tal caso questi beni formano, come tutti gli altri dei debitori, la guarentìa comune dei loro creditori (art. 1949, cod. civile); i quali pertanto hanno interesse alla migliore amministrazione dei beni stessi, al fine di conservarli a tale loro guarentìa.

Sotto un altro rapporto ancora hanno interesse a conseguire in nome dei debitori l'immissione in possesso; perchè se altri l'ottenessero, potrebbero in virtù di prescrizione rendere inefficace l'azione che i loro debitori volessero esercitare più tardi a senso dell'art. 32 del codice civile. E da ultimo un interesse evidente hanno all'acquisto delle rendite, che i loro debitori possono fare mediante l'immissione in possesso a senso dell'articolo 31; giacchè anche queste rendite vanno ad aumentare la loro guarentìa comune secondo gli art. 1948 e 1949. — Se i creditori non avessero facoltà di esercitare in nome degli eredi dell'assente, loro debitore, il diritto alla immissione in possesso dei beni di lui, questi, colle loro rendite, potrebbero facilmente essere sottratti alla guarentìa dei creditori stessi, per collusione fraudolenta con altri successibili, ai quali

quei debitori, eredi testamentari, o più prossimi eredi legittimi dell'assente, lasciassero indebitamente assumere quel possesso.

Tali sono le ragioni, per le quali reputiamo doversi accogliere l'opinione che ammette in favore dei creditori degli eredi dell'assente l'esercibilità del diritto alla immissione in possesso dei di lui beni.

Gli argomenti, che vengono addotti in senso contrario, sono però anch'essi di non lieve importanza.

Si osserva che il possesso dei beni dell'assente è dato ai presunti eredi a titolo di *deposito*, che l'amministrazione è da essi esercitata a titolo di *mandato;* e che l'uno e l'altro sono conferiti dalla legge ai presunti eredi per considerazioni esclusivamente personali, per ragione cioè della fiducia che appunto per la loro qualità di eredi possono meritare. Che il patrimonio dell'assente si trovi fra le mani delle persone immesse nel possesso temporaneo dei beni di lui per un titolo somigliante a quello di deposito, è vero nel senso che quel possesso, finchè temporaneo, è meramente precario, e quelli che lo esercitano devono amministrare i beni e conservarli colle norme di buon padre di famiglia, e quando l'assente ritorni, o se ne provi la esistenza, debbono render conto della loro gestione, e restituire i beni insieme alle rendite che ne hanno percette, per quella parte di esse che a norma di legge erano obbligati a riservare a profitto dell'assente (art. 30, 31, 32, cod. civile). Ma non è per ciò solo da qualificarsi il possesso temporaneo dei beni dell'assente come un *vero deposito* nel rigoroso senso giuridico; e già osservammo precedentemente come gli autori del nostro codice si siano giustamente astenuti dal riprodurre quella espressione impropria dell'art. 125 del codice francese, che diceva *il possesso provvisionale non essere che un deposito* (1). È vero poi che i presunti eredi dell'assente, immessi nel possesso temporaneo dei beni di lui,

---

(1) V. sopra, n. 135, p. 461, n. 137, p. 470, 471.

hanno dalla legge un mandato per rappresentarlo ed amministrarne i beni (art. 28, cod. civile); ma questo mandato è conferito ad essi, non già nel solo interesse dell'assente, anzi principalmente e direttamente *per l'interesse proprio dei possessori medesimi*, ai quali è dato così di esercitare anticipatamente a titolo provvisorio quei diritti eventuali, che loro appartengono sotto la condizione che sia avvenuta la morte dell'assente non ancora accertata. In questo mandato, che ha per fine *l'interesse patrimoniale degli stessi presunti eredi dell'assente*, non può dunque riscontrarsi l'elemento di una *esclusiva inerenza alle persone* di loro.

Un altro argomento per ritenere inapplicabile all'immissione in possesso temporaneo dei beni dell'assente la massima dell'articolo 1166 del codice Francese — a cui corrisponde il 1234 del codice italiano — sarebbe questo: che *l'azione surrogatoria* è concessa ai creditori unicamente *pel conseguimento di quanto è loro dovuto;* e perciò non dev'essere ammissibile per la immissione temporanea in possesso dei beni dell'assente, la quale non dando luogo a poter alienare i beni medesimi (art. 29, § 2°, codice civile) non è possibile che serva al conseguimento dell'avere dei creditori. Se non che ogni apparente fondamento di tale argomentazione scomparisce appena si rifletta, che se i beni dell'assente non sarebbero certamente alienabili, durante il possesso provvisionale dei presunti eredi, per pagare debiti loro personali, questa condizione di cose può però mutarsi da un momento all'altro, venendosi a provare la morte dell'assente, ed i creditori hanno frattanto interesse alla conservazione di quei beni, e quindi all'immissione in possesso in nome di quegli eredi, loro debitori; e che inoltre tale immissione in possesso dando diritto all'appropriazione delle rendite, salva quella parte che a norma dell'art. 31 debba essere riservata a pro dell'assente, vi è dunque anche immediatamente un'attività patrimoniale conseguibile, su cui potrebbero essere utilmente esercitate

le azioni dei creditori per ottener pagamento di quanto è loro dovuto.

Si osserva da ultimo, che l'azione surrogatoria può essere esercitata da ciascun creditore solo fino a concorrenza dell'ammontare del proprio credito; e ciò produrrebbe la conseguenza di dover concedere ad ogni singolo creditore di un erede dell'assente il possesso di beni determinati, dividendo così in diverse mani il patrimonio dell'assente medesimo. Per apprezzare questa obbiezione bisogna però, innanzi tutto, intendersi chiaramente nei termini di essa. Se i creditori d'un presunto erede, agendo per l'immissione in possesso, pretendessero di esercitare attualmente sui beni dell'assente le loro ragioni per conseguire ciò che è loro dovuto, è fuor di dubbio che tali istanze non sarebbero ammissibili. Al loro debitore, in cui nome agiscono, non può essere conceduto che il semplice possesso dei beni dell'assente, con quegli speciali effetti che sono determinati dall'articolo 28, esclusa la facoltà di disporre; essi non possono dunque esercitare diritti maggiori, nè certo pretendere di pagarsi attualmente sui beni lasciati dell'assente, dei quali è tuttora incerto, se la proprietà sia già devoluta agli eredi per la morte che sia avvenuta dall'assente stesso. La domanda, che i creditori d'un presunto erede dell'assente possono fare, è solo che si conceda a loro, in nome e rappresentanza del proprio debitore, quel possesso de' beni che a lui spetterebbe; e un tale possesso non possono conseguire ed esercitare, se non negli stessi modi, e colle stesse cautele e garanzie, che dovrebbero osservarsi pel loro debitore stesso, e in guisa che l'interesse dell'assente non abbia a soffrirne alcun maggiore pregiudizio. L'obbiezione che si fa riguarda la divisione, che potrebbe aver luogo dei beni dell'assente fra persone diverse, quando più fossero i creditori d'un presunto erede, in cui nome si chiedesse l'immissione in possesso. Ma ciò non si verifica forse ugualmente allorchè sono più presunti eredi dell'assente, che fanno istanza

per ottenere quel possesso? E non è allora concorde la dottrina nell'ammettere che per quanto riguarda il semplice possesso, e l'amministrazione, e il godimento dei beni dell'assente, possa farsene tra gl'immessi in possesso la divisione provvisoria? È possibile che nei casi speciali il ripartire il possesso dei beni tra i creditori, che lo domandino, presenti inconvenienti, e pericoli per l'interesse dell'assente. Spetterà al tribunale, nella prudenza sua, l'ordinare quei provvedimenti che reputi opportuni e sufficienti per ovviare simili inconvenienti e pericoli; ed esso potrà o destinare uno dei creditori ad amministrare nell'interesse anche degli altri, od anche nominare, secondo le circostanze del caso, un estraneo che amministri nell'interesse comune di loro. Il *Demolombe* considerava anzi questo come il procedimento più naturale, e diceva: " I creditori offriranno al tribunale di far nominare un " curatore, allo scopo di amministrare i beni dell'as- " sente per l'interesse comune di tutti coloro che vi " hanno diritto; e le conclusioni prese in questo senso " dovrebbero essere accolte „.

Il *Laurent* però pensava che " questo modo d'ammini- " strazione rendesse per sè assai sospetta l'opinione che " lo consacrava; avuto riguardo alla diffidenza che il " legislatore aveva dimostrata pei curatori, ed all' aver " egli anzi adottato il sistema dell'immissione in possesso " provvisorio dei presunti eredi, per evitare che i beni " dell'assente fossero amministrati da un curatore „.

Del resto quest'ultimo autore negava ai creditori dei presunti eredi di poter domandare, a senso dell'art. 1166 del codice francese, l'immissione in possesso temporaneo dei beni dell'assente, per una ragione affatto speciale dipendente dall'idea che si era formata intorno all'immissione in possesso provvisorio; la quale, secondo lui, non era altro che un *mandato ad amministrare, conferito dalla legge ai presunti eredi dell'assente, nel solo interesse di lui, e retribuito mediante l'assegnazione delle rendite, o di parte*

delle rendite dei beni amministrati. Posto ciò, era perfettamente logico ciò che l'autore diceva: “ I creditori possono “ esercitare i diritti pecuniari del loro debitore. Ma è forse “ un diritto pecuniario quello della immissione in possesso “ provvisorio? Esso è, più che altro, un incarico affidato “ dalla legge agli eredi, per motivi che sono ad essi mera- “ mente personali. A qual titolo verrebbero i creditori ad “ adempiere un ufficio, a cui la legge chiama i parenti come “ tali? Vi sono, è vero, delle rendite da percepire; ma gli “ eredi non vi hanno diritto fuorchè nel caso che ammini- “ strino „. Se non che ci occupammo già ampiamente dell'accennata nuova teoria del *Laurent*, secondo cui l'immissione in possesso non dovrebbe riguardarsi come un diritto, ma come un *onere;* ed essa ci parve per molte ragioni insostenibile (1).

Se non errammo in quelle nostre argomentazioni, cesserebbe quindi ogni ragione di allegare che trattandosi, anzichè di un diritto, di un onere dato dalla legge ai presunti eredi dell'assente per motivi meramente personali, non possa spettare ai creditori dei predetti eredi l'assumere quell'onere in vece loro.

168. — Nel codice Francese e nel Napoletano non era contemplato il caso che il più prossimo erede presuntivo dell'assente, al tempo della scomparsa o delle ultime notizie di questo, fosse morto durante l'intervallo precedente l'immissione in possesso; nè quindi era risolto espressamente il dubbio se allora dovessero prendere il posto dell'erede defunto, nel diritto di chiedere il possesso temporaneo dei beni dell'assente, i successori o legittimi o testamentari del medesimo presunto erede. Gli autori però erano concordi tutti nel ritenerlo (2), e la loro opi-

(1) V. sopra, n. 135, p. 454-463, n. 137, p. 469-475.

(2) V. Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, c. III, s. II; Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, c. XX, s. III, § 2; Toullier, t. I, n. 427; Duranton, t. II, n. 439; Marcadé, art. 115, § II, art. 120, § IV, art. 123, § V, t. I, n. 351, 359,

nione fu tradotta in disposizione espressa negli altri codici pubblicati dopo in Italia. Così nel codice Parmense (articolo 1056) era detto potere farsi immettere nel possesso provvisionale dei beni “ gli eredi presunti dell'assente nel “ tempo in cui cessò di farsi vedere, o in quello delle ultime “ di lui notizie, *i loro successori e trasmissari* „.

Il codice Albertino (art. 84) e l'Estense (art. 50) accennavano gli eredi testamentari, e in loro mancanza, gli eredi legittimi, *ovvero i rispettivi loro eredi;* e questa identica locuzione fu riprodotta nell'art. 26, § 2°, del codice Italiano.

Coll'applicazione di questa massima se, per esempio, l'assente abbia nel suo testamento istituito erede Tizio, il quale sia morto un anno dopo cominciata la presunzione dell'assenza, lasciando a sua volta erede testamentario Caio, e chi sarebbe stato erede legittimo dell'assente, nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza, sia uno zio od un cugino di lui, chi potrà chiedere, a norma dell'art. 26, § 2°, del codice, la immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente non sarà lo zio od il cugino, ma Caio; e così pure sarebbe l'erede legittimo di Tizio, qualora questi non avesse istituito erede testamentario. L'avere l'assente nominato un erede per testamento, ancorchè questi sia morto nell'intervallo fra il giorno da cui parte la presunzione di assenza e quello della domanda per immissione in possesso, esclude insomma dal poter proporre tale domanda gli eredi legittimi dell'assente, per lasciar luogo invece ai successori o testamentari o legittimi di chi fu istituito erede dall'assente stesso.

Parimente, se supponendo avvenuta la morte dell'assente nel giorno in cui scomparve, od a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza, ne sarebbe stato erede legittimo Tizio, figlio d'un fratello del padre dell'assente stesso; e supposto che Tizio sia morto di poi lasciando un successore testamentario, od in mancanza di erede testamen-

---

372; Demolombe, t. II, n. 83; Aubry e Rau, t. I, § 152, nª 4; Laurent, t. II, n. 163.

tario, un successore legittimo in linea materna, col quale l'assente non aveva parentela, mentre esisteva altro parente di questo in grado più remoto, che gli sarebbe succeduto per legge in mancanza di Tizio; nondimeno non sarà questo più lontano congiunto dell'assente, che potrà chiedere il possesso dei di lui beni, ma l'erede o testamentario o legittimo di Tizio, che sarebbe stato successore dell'assente qualora fosse morto nel giorno a cui rimonta l'ultima notizia di lui.

Tali sono le conseguenze della massima ritenuta dalla dottrina e consacrata dal codice Italiano. Ma quali ragioni possono giustificarla? Quasi tutti gli autori, che abbiamo sopra citati, dicevano che chi sarebbe stato erede dell'assente, al tempo della sua scomparsa o delle ultime notizie, *aveva trasmesso ai propri successori testamentari o legittimi il diritto di domandare l'immissione in possesso;* diritto *condizionale* bensì — essi notavano — ma ciò non ostante *acquisito*, e quindi *trasmissibile.*

Il Laurent, però " ammettendo la decisione, contestava " il motivo su cui si voleva fondarla, perchè, a suo avviso, " gl'immessi in possesso, quali successori di colui che " sarebbe stato erede legittimo dell'assente nel giorno della " scomparsa, *ricevevano il loro diritto dalla legge, e non* " *dal defunto* ". Crediamo che questo concetto sia vero, quantunque non possiamo accettare tutti i ragionamenti da cui l'autore lo deduceva.

L'idea, generalmente accolta dagli altri scrittori, d'una trasmissione del diritto alla immissione in possesso, da quelli che sarebbero stati eredi legittimi dell'assente al tempo della sua scomparsa o delle ultime sue notizie, ai loro successori testamentari o legittimi, era una conseguenza logica del riguardarsi l'immissione in possesso come dipendente dall'*apertura provvisoria della successione dell'assente.* Ammesso che *si presumesse la morte* di lui, e perciò se ne aprisse la successione; era naturale che codesta presunzione risalisse, reputandosi quindi aperta la

successione, al giorno dell'ultimo segno di vita dato dall'assente, al giorno cioè della scomparsa o delle ultime notizie di lui. Era dunque da ritenersi che il più prossimo erede dell'assente a quel tempo avesse acquistato il diritto ai beni della eredità, e lo avesse trasmesso ai propri successori testamentari o legittimi, ai quali perciò spettasse la immissione in possesso. Ma poichè, come ci parve dimostrato, nè la presunzione di morte dell'assente, nè la provvisoria apertura della successione di lui dopo la dichiarazione, hanno fondamento sufficiente nelle disposizioni della legge (1), non è in ciò che possa trovarsi una spiegazione soddisfacente della massima che i successori dell'assente al tempo da cui parte la presunzione di assenza, qualora siano morti nell'intervallo posteriore, possano essere rappresentati, nella facoltà di chiedere l'immissione in possesso, dai loro propri eredi testamentari o legittimi. Secondo le idee che svolgemmo nell'ultimo dei numeri sopra ricordati, l'immissione in possesso si manifesta, anzichè quale conseguenza d'un provvisorio aprimento di successione, come un istituto giuridico tutto speciale, creato a benefizio principalmente di coloro che supponendo verificata la morte dell'assente — divenuta tanto più probabile allorchè si sia fatto luogo alla dichiarazione giudiziale dell'assenza — hanno a raccoglierne la eredità. A chi si devolverebbe essa nei casi di cui ora si tratta? La legge nel determinare a chi debba essere attribuito il possesso de' beni dell'assente, si è riferita all'ipotesi ch'egli *fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza;* nè avrebbe potuto fare diversamente, perchè solo quel giorno offre un dato positivo su cui fondarsi, e da quel giorno in poi tutto rimane nell'oscurità e nell'incertezza, finchè non si abbiano prove della vita o della morte dell'assente. Nella ipotesi predetta l'eredità sarebbesi devoluta o a chi era stato istituito erede

---

(1) V. sopra, n. 134, p. 442-445, n. 136, p. 464-468.

nel testamento dell'assente, o in mancanza di ciò, a chi era a quel tempo chiamato alla successione di lui per legge, e da quell'erede testamentario o legittimo i beni dell'eredità stessa sarebbero stati trasmessi ai propri successori testamentari o legittimi. È conseguente pertanto che a questi conceda la legge la facoltà di chiedere l'immissione in possesso dei beni dell'assente, dappoichè si propose di dare questo possesso temporaneo a coloro stessi ai quali quei beni dovrebbero spettare attualmente in proprietà, nella supposizione che l'assente fosse morto in quel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza. Non è dunque che gli eredi testamentari o legittimi dell'assente, al tempo da cui parte la presunzione di assenza, *abbiano trasmesso ai propri successori il diritto di chiedere l'immissione in possesso.* È facile dimostrare che giuridicamente ciò neppur sarebbe possibile. Quegli eredi possono esser morti prima che si facesse luogo a chiedere la immissione in possesso. E in tale ipotesi come potrebbero aver trasmesso un diritto che ancora non era acquistato per loro? Fatta poi anche l'ipotesi che invece la loro morte sia avvenuta dopo trascorsi sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza dichiarativa dell'assenza, il diritto ch'essi avevano di chiedere l'immissione in possesso non poteva riguardarsi come *acquisito*, sebbene condizionalmente, ma era un *diritto facoltativo*, che fino a quando non fosse esercitato costituiva un *semplice potere* attribuito dalla legge ad una persona, non un'attività patrimoniale trasmissibile per eredità. È la legge che direttamente conferisce il diritto della immissione in possesso ai successori di quelli che sarebbero stati eredi testamentari o legittimi dell'assente al tempo da cui parte la presunzione di assenza; e ciò unicamente perchè a quei successori apparterrebbe la proprietà stessa dei beni dell'assente, nella supposizione che in quel tempo ne fosse avvenuta la morte. In questo senso ci sembra da accogliersi la nuova teoria del *Laurent;* il quale però la fonda sovra altri principii, che non abbiam

creduti ammissibili; e cioè che l'immissione in possesso non sia per coloro ai quali è attribuita un diritto, ma un *carico* ad essi dato nel solo interesse dell'assente, dei cui beni dovrebbero riguardarsi come semplici depositari ed amministratori (1). Dal che l'autore argomenta non potersi in questa materia parlare di trasmissione del diritto d'immissione in possesso dagli eredi presuntivi dell'assente ai loro successori; e solo la legge conferire a questi un tale diritto, perchè altrimenti sarebbe stato necessario attribuire il possesso agli eredi dell'assente nel giorno in cui fosse dichiarata l'assenza, od in quello in cui si pronunciasse l'immissione, contro il principio secondo il quale si era voluto riferirsi unicamente *al giorno della scomparsa dell'assente o delle ultime sue notizie.*

169. — Essendosi proposto il legislatore di attribuire il possesso temporaneo de' beni lasciati dall'assente dichiarato a coloro ai quali que' beni apparterrebbero, supponendo verificata la morte dell'assente nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza, affinchè potessero amministrarli nel loro interesse, non meno che eventualmente in quello dell'assente medesimo, conservarli, migliorarli, e goderne frattanto in tutto od in parte le rendite; era naturale che un simile benefizio non avesse a limitarsi in pro di quelli soli pei quali la morte dell'assente avrebbe dato luogo all'aprimento di diritti universali di successione testamentaria o legittima, ma dovesse estendersi, per parità di motivi, anche a vantaggio di chi nel medesimo caso avrebbe diritti particolari da esercitare sopra determinati beni formanti parti del patrimonio dell'assente. Da questo concetto dipende la disposizione del terzo paragrafo dell'articolo 26, così espressa: " I legatari, i donatari e tutti coloro " che avessero sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla " condizione della morte di lui, possono chiedere in con-

(1) V. sopra, n. 137, p. 469-475.

“ tradditorio degli eredi d'essere ammessi all'esercizio tem-
“ poraneo di quei diritti „. Le quali espressioni furono tolte quasi alla lettera dai codici anteriori (art. 123, cod. Napoleone, — 129, cod. D. S., — 1057, cod. Parm., — 84, § 2°, cod. Alb., — 51, cod. Est.). Se non che, nei primi due di que' codici si supponeva che gli eredi presuntivi avessero prima ottenuta la provvisionale immissione nel possesso, e contro di loro dovessero poi rivolgersi le azioni dei legatari, donatari ed altri per l'esercizio provvisorio delle loro ragioni; e sotto il nome di *legatari* si comprendevano, secondo quelle legislazioni, tanto i beneficati con disposizioni testamentarie universali od a titolo universale — cioè per istituzione d'erede nella universalità de' beni del testatore, od in una quota parte di essi — quanto con disposizioni a titolo particolare (art. 1002 e seguenti del cod. Napoleone, — 928 e seguenti del codice pel regno delle Due Sicilie). Secondo il codice Italiano colla denominazione di *legatari* si indicano soltanto i beneficati con disposizioni testamentarie *a titolo particolare;* mentre quelli ai quali l'assente abbia lasciato per testamento l'universalità od una quota de' suoi beni hanno la qualità di *eredi* (art. 760, cod. civ.) e sono contemplati nel precedente paragrafo secondo dello stesso articolo 26; e d'altra parte, così i legatari predetti, come tutti gli altri che a titolo parimente particolare abbiano sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui, per poter domandare d'essere ammessi all'esercizio temporaneo di tali diritti non hanno bisogno di attendere che gli eredi testamentari o legittimi abbiano ottenuto la provvisionale immissione in possesso, ma basta che promuovendo quell'ammissione in loro favore agiscano *in contradditorio degli eredi* medesimi.

Un commentatore del nostro codice accennava che in questo terzo paragrafo dell'articolo 26 debbano intendersi contemplati “ i *legatari di cose, e non di quantità o diritti* „ (1).

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 26-27, vol. I, § 147, p. 217.

E quantunque codesto accenno non fosse accompagnato da alcuna dimostrazione, ci sembra che la proposizione sia vera ed esatta, almeno per ciò che riguarda i legati i quali non abbiano per oggetto una o più cose determinate attualmente esistenti nel patrimonio dell'assente. L'intento della legge è unicamente di togliere i beni che l'assente ha lasciati da quella condizione di governo transitorio e imperfetto a cui si trovano soggetti durante lo stadio della presunzione di assenza; e dopo la dichiarazione di questa darli a possedere, temporaneamente prima, e poscia definitivamente, a coloro a cui que' beni realmente appartengono fin d'ora, nella ipotesi che sia avvenuta la morte dell'assente, della quale manca tuttora la prova. Questa limitata intenzione del legislatore apparisce manifesta dalla stessa locuzione che adoperò; poichè non disse ammettersi l'esercizio temporaneo di tutti i *diritti che taluni possono avere verso l'eredità dell'assente*, ma solo attribuì ai legatari, ai donatari, ed in generale a coloro che abbiano *sui beni dell'assente* diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui, la facoltà di esercitarli temporaneamente chiedendo il possesso di que' beni. Si suppone dunque trattarsi di diritti aventi per oggetto *beni determinati, i quali siano fra quelli che l'assente ha lasciati*. E nel sistema con cui abbiamo creduto doversi spiegare la temporanea immissione in possesso, escludendo ch'essa possa fondarsi sull'idea di una provvisoria apertura della successione dell'assente, riesce quindi facile giustificare che solo i legatari di beni individualmente determinati e facenti parte di quelli lasciati dall'assente nel suo patrimonio, possano chiederne il possesso provvisionale. Se si trattasse invece di legati aventi per oggetto somme di denaro, o quantità di cose determinate soltanto per la loro specie, o beni determinati bensì, ma appartenenti all'erede, i diritti dei legatari risolvendosi in ragioni di credito verso gli eredi, per conseguire il pagamento dei legati, non potrebbero essere esercibili prima che fosse provata la morte dell'assente, e la conseguente apertura della

successione (art. 923, cod. civ.); giacchè solo dal momento in cui questa si apre prendono esistenza le obbligazioni che incombono agli eredi dipendentemente dalla successione stessa. All'opposto, nel sistema adottato più comunemente, ed anche dallo stesso autore sopra citato, secondo cui la immissione in possesso temporaneo sarebbe da riguardarsi come dipendente da una *provvisoria apertura della successione*, la conseguenza logica dovrebb'esserne che tutti i diritti attinenti alla successione stessa dovessero divenire del pari provvisoriamente esercibili, e quindi anche i legatari di somme di danaro o di quantità di cose determinate per la sola specie potessero chiederne il pagamento, per possedere in modo temporaneo l'oggetto dei loro diritti.

Abbiamo fatta qualche riserva nell'accettare la proposizione del *Borsari*, non sembrandoci essa del tutto esatta allorchè esclude che la disposizione dell'articolo 26, § 3° possa essere applicata a favore dei legatari non di cose, ma *di diritti*. Infatti lo stesso autore ammette subito dopo, che qualora si tratti d'un legato d'usufrutto, il legatario possa chiedere l'immissione in possesso, nel quale anzi è preferito al semplice proprietario. Nè crediamo che in questo solo caso, ed a modo di eccezione, sia da ritenersi ammissibile la domanda d'immissione temporanea in possesso a favore del *legatario di un diritto;* ma che qualunque sia il *diritto reale*, anche diverso da quello di usufrutto — per esempio la costituzione d'una servitù prediale, o la costituzione d'una ipoteca per garanzia del debito di un terzo — che con una disposizione testamentaria a titolo particolare l'assente abbia attribuito ad una persona sovra determinati beni facenti parte del suo patrimonio, possa il legatario, in contradditorio degli eredi, domandare di essere ammesso all'esercizio temporaneo di tale diritto. Non vediamo ragione per ritenere diversamente, di fronte alla lettera ed allo spirito dell'art. 26, § 3° del codice, che in ogni caso simile sono perfettamente applicabili.

Appresso ai legatari sono pure mentovati nel detto arti-

colo i *donatari*, come li erano nei codici anteriori. Non si può omettere però di osservare come in quei codici fosse ammesso che nei contratti di matrimonio si potesse dai genitori, dagli ascendenti, dai parenti collaterali degli sposi, od anche da persone estranee, disporre di tutti o parte dei beni che i donanti fossero per lasciare al tempo della loro morte, tanto in favore degli sposi stessi, che dei figli nascituri dal loro matrimonio nel caso di sopravvivenza dei donanti agli sposi donatari (art. 1082, 1083, 1089, codice Napoleone, — 1038, 1039, 1044, cod. D. S., — 1928, 1929, 1939, cod. Parm., — 1176, 1177, 1182, cod. Alb., — 1914, 1915, 1926, cod. Est.). E appunto riferendosi particolarmente a questa specie di liberalità, — a cui si dava il nome d'*istituzioni contrattuali*, perchè contenevano misti i caratteri di donazioni in quanto erano per certi rapporti irrevocabili, e di atti d'ultima volontà in quanto la loro efficacia era subordinata alla sopravvivenza del beneficato al donante — appunto riferendosi a questa specie di liberalità era detto nel titolo degli assenti, che *i donatari* potessero esercitare provvisionalmente i loro diritti qualora fosse dichiarata l'assenza del donante. Ciò si comprendeva facilmente. I donatari, in queste *istituzioni contrattuali*, avevano diritti subordinati alla condizione della loro sopravvivenza ai donanti; era dunque naturale che in seguito alla dichiarazione di assenza essi pure dovessero essere ammessi all'esercizio provvisionale dei loro diritti, come tutti gli altri a cui competessero sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui. Ma nel codice Italiano si volle osservata senza eccezioni la massima che la donazione non possa mai comprendere che i *beni presenti* del donante, e qualora si estenda a beni futuri, debba riguardarsi come nulla rispetto a questi (art. 1064, cod. civ.); e le *istituzioni contrattuali* furono escluse, perchè " rendono incerta la " proprietà, scemano il credito immobiliare, alterano gra- " vemente l'economia del sistema ipotecario e della trascri- " zione, e costituiscono poi sempre un'eccezione non giu-

" stificata del principio, per cui non si può rinunziare alla
" facoltà di disporre per testamento, e dell'altro principio
" per cui non si può disporre dei beni e dei diritti che an-
" cora non sono nel patrimonio „ (1). Per quali ragioni e sotto quale aspetto furono dunque annoverati ancora *i donatari* fra coloro che possono chiedere l'immissione in possesso temporaneo dei beni dell'assente dichiarato, mentre i donatari, generalmente, non hanno diritti *dipendenti dalla condizione della morte dell'assente*, ma diritti irrevocabilmente acquisiti fin dal momento in cui la donazione divenne perfetta? (art. 1050, 1057, 1062, cod. civ.). Vi è un caso però, nel quale anche secondo la legislazione nostra è concepibile come un donatario dell'assente possa avere sui beni donati certi diritti *dipendenti dalla condizione della morte del donante;* ed è quello in cui dal donante stesso sia stato riservato a proprio vantaggio l'usufrutto dei beni donati (art. 1074, cod. civ.). Allora non è veramente *il diritto di donazione,* che pel donatario dipenda dalla condizione della morte del donante; è solo la consolidazione dell'usufrutto colla nuda proprietà che già al donatario appartiene sui beni donati. Ma ad ogni modo una tale consolidazione è pur sempre un *diritto dipendente dalla morte dell'assente,* che ha fatta la donazione; e però è conforme al principio generale seguìto nella disposizione del terzo paragrafo dell'articolo 26, che anche quel diritto possa essere temporaneamente esercitato da colui al quale compete sui beni, che l'assente aveva donati, ma che continuava a possedere pel titolo dell'usufrutto ch'erasi riservato.

Dopo i legatari ed i donatari, l'art. 26, § 3° accenna, come aventi facoltà di chiedere l'ammissione all'esercizio temporaneo delle loro ragioni, tutti " coloro che avessero sui
" beni dell'assente diritti dipendenti dalla condizione della
" morte di lui „. Tali sarebbero, per darne qualche esempio,

---

(1) V. Relazione *Pisanelli* sul progetto del 3° libro del cod. civ., p. 31 e 32; e Relazione della Commissione Senatoria, p. 27.

chi avesse fatta una donazione all'assente stipulando a proprio favore la riversibilità degli effetti donati, nel caso di premorienza del donatario (art. 1071, 1072, cod. civ.); colui al quale un terzo avesse legata per testamento la nuda proprietà dei beni, dei quali avesse lasciato l'usufrutto all'assente; il proprietario d'un immobile conceduto in *locazione a vita* all'assente stesso (art. 1571, § 2°, cod. civ.) ed altri in casi simili. Il donante con patto di riversione, o il proprietario dei beni usufruiti o tenuti in locazione a vita dall'assente dichiarato, potrebbero farsi ammettere all'esercizio temporaneo del diritto di rientrare in possesso e godimento dei beni donati, usufruiti, o locati; salvo l'obbligo eventuale di restituire all'assente, qualora ricomparisse prima che fossero trascorsi trent'anni, quella parte di rendita che è stabilita dall'art. 31, codice civile.

Tutti coloro che abbiano sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui, siano poi legatari, donatari od altri, possono chiedere di essere ammessi all'esercizio temporaneo di tali loro ragioni, ciascuno singolarmente e per diritto proprio, indipendentemente dall'essere, o no, domandata e conseguita l'immissione in possesso temporaneo della universalità dei beni dell'assente dai suoi eredi testamentari o legittimi (1). Solamente, di nessuno di costoro potrebb'essere ammissibile la istanza per l'esercizio temporaneo dei loro diritti, se non la promuovessero *in contradditorio degli eredi*, come è espresso nel medesimo § 3° dell'art. 26.

Nell'art. 123 del codice Francese, e nei corrispondenti di altri codici che avevano imitato quello, era supposto — come nel citato luogo avvertimmo — che all'esercizio provvisionale delle ragioni spettanti ai legatari, donatari ed altri aventi sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla condizione della sua morte, fosse preceduta l'immissione in possesso dei presunti eredi legittimi. E nondimeno riferimmo come la

---

(1) V. sopra, n. 165, p. 622-629.

dottrina, in generale, non ammettesse che l'esercibilità dei diritti appartenenti ai predetti legatari, donatari ed altri avesse a farsi dipendere assolutamente dall'arbitrio degli eredi presuntivi, i quali omettendo di dimandare l'immissione in possesso a loro favore, potessero impedire così agli altri di attuare le loro ragioni; e come vi fosse soltanto dissidenza di opinioni intorno al modo in cui dovessero procedere, a fronte della inerzia dei presunti eredi, coloro che avessero da esercitare altri diritti dipendenti dalla morte dell'assente. Il codice Italiano — come pure dimostrammo nella stessa occasione — risolvè il dubbio nel modo più razionale, stabilendo che i legatari, i donatari e tutti coloro che abbiano sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui, debbano proporre le domande per ammissione all'esercizio temporaneo dei loro diritti *in contraddittorio degli eredi*. Se questi abbiano già conseguita l'immissione in possesso del patrimonio lasciato dall'assente, saranno vere azioni, che verranno intentate contro di essi da coloro che abbiano da esercitare su determinati beni dell'assente diritti particolari dipendenti dalla morte di lui. Se invece non si trovasser in possesso, l'esercizio di vere azioni sarebbe impossibile, mancando ogni fondamento a contendere in giustizia del possesso di una cosa contro chi nè lo ha, nè lo reclama. Ma ciò non ostante gli eredi devono esser chiamati in causa come legittimi contradditori, perchè hanno interesse a contestare quei diritti particolari, che altri pretendono e chiedono di esercitare temporaneamente sovra beni facenti parte di quel patrimonio, a cui essi eredi hanno eventualmente diritto.

È notevole come il testo parli genericamente *degli eredi*, in contraddittorio dei quali debbono proporre le loro istanze i legatari, i donatari ed altri chiedenti l'ammissione all'esercizio temporaneo dei loro diritti particolari sui beni dell'assente. E questa pure è un'avvertenza già fatta altra volta, che cioè dovranno costoro chiamare in contraddittorio

gli eredi testamentari qualora dagli atti d'ultima volontà dell'assente, dei quali il tribunale abbia ordinata l'apertura, risulti che vi sieno eredi istituiti, e solo in mancanza di questi dovranno promuovere le loro domande in contraddittorio degli eredi legittimi; come, nel caso che abbia preceduto l'immissione in possesso degli eredi, dovranno proporre le loro azioni contro coloro da cui tale possesso sia stato conseguito, o siano poi gli eredi testamentari od i legittimi.

170. — Anche il coniuge dell'assente può trovarsi nelle condizioni previste nei paragrafi secondo e terzo dell'art. 26 del codice civile. L'assente, nel suo testamento, può avere istituito erede il coniuge, od avere disposto in favore di lui a titolo di legato. Quali che siano state le disposizioni del testatore, il coniuge ha in ogni caso diritto sull'eredità dell'assente ad una quota che la legge gli riserva in usufrutto; quota le cui proporzioni sono diverse secondo i vari casi dalla legge stessa previsti (art. 812-814, codice civile). In mancanza di testamento dell'assente, il coniuge di lui ha pure diritti di successione legittima (art. 753-755, cod. civ.). Al coniuge possono inoltre spettare sui beni dell'assente diritti particolari dipendenti dalla condizione della morte di lui; in virtù del contratto matrimoniale, in cui l'assente gli abbia fatta qualche donazione con riserva di usufrutto, od in cui siano stipulati lucri dotali in favore del coniuge sopravvivente, a norma dell'art. 1398, cod. civ., od altri vantaggi siano stati conceduti dall'assente pel caso della sua premorienza; oppure anche in virtù d'altri titoli contrattuali, o dipendenti da successione del coniuge dell'assente ad una terza persona, alla quale appartenessero appunto sopra determinati beni dell'assente medesimo diritti attuabili nel caso della morte di lui. Ora, in tutti questi casi, nei quali il coniuge si presenta in veste di erede testamentario, o di erede legittimo dell'assente, o di legatario, o di donatario, o di avente sui beni dell'assente

stesso diritti reali quali che siano dipendenti dalla condizione della morte di lui; non vi è dubbio che anche il coniuge dev'essere ammissibile a chiedere l'immissione in possesso temporaneo dei beni del patrimonio, o l'ammissione all'esercizio provvisorio dei diritti particolari che che sopra determinati beni gli competano, come vi sarebbe ammesso chiunque altro si trovasse in uguali circostanze. Non si vedrebbe ragione d'una differenza in suo danno, mentre anzi i rapporti di coniuge dovrebbero meritargli maggior favore. Una obbiezione veramente potrebbe farsi, ed è questa: che l'assenza ancorchè dichiarata, non fa cessare il vincolo del matrimonio, il quale non può essere sciolto che colla morte d'uno dei coniugi (art. 148, codice civile); talchè il coniuge dell'assente non potrebbe contrarre nuove nozze, se non presentando l'atto di morte dell'assente stesso all'uffiziale dello stato civile (art. 79, § 3°, cod. civ.). Or se si ritiene tuttora esistente il matrimonio, come può ammettersi poi che il coniuge rimasto presente eserciti sui beni dell'assente diritti che suppongono la morte di quest'ultimo, e quindi lo scioglimento del matrimonio? Tuttavia la difficoltà è meno grave di quel che apparisca a primo aspetto; e per risolverla, basta richiamare un principio che già molte volte abbiamo avuto occasione di ripetere; non esservi, cioè, in nessuno stadio dell'assenza, neppur quando siasi fatto luogo alla immissione in possesso definitivo dei beni, una presunzione legale di vita o di morte dell'assente, e la caratteristica costante essere sempre la incertezza della esistenza di lui. Se il coniuge non può contrarre nuove nozze, non è perchè si presuma tuttora vivo l'assente; come non è per una presunzione della morte di lui che il coniuge possa domandare d'essere immesso provvisoriamente nel possesso dei beni, e nell'esercizio dei diritti che gli competono subordinatamente alla condizione della morte dell'altro coniuge. È incerto se l'assente esista ancora, o no; e questa medesima incertezza rende ragione così del non ammettersi il coniuge a contrarre intanto un nuovo

matrimonio, come dell'essergli concesso l'esercizio temporaneo dei diritti di successione, e dei diritti particolari che per testamento, per legge o per contratto gli appartengano eventualmente sul patrimonio dell'assente. La contraddizione tra le due massime non è che apparente; ambedue sono pienamente giustificate dalla diversa indole dei rapporti a cui si riferiscono, trattandosi da una parte del vincolo morale del matrimonio, dall'altra degl'interessi pecuniari. Infatti, nel dubbio se l'assente viva ancora, sarebbe impossibile ammettere il coniuge di lui a contrarre nuove nozze, affrontando l'evidente e gravissimo disordine che ne seguirebbe nello stato della famiglia se poi si verificasse che l'assente fosse in realtà tuttora in vita; la morale pubblica, l'interesse sociale ne sarebbero profondamente turbati. Ma che il divieto non dipenda da una presunzione di vita, bensì soltanto dallo stato d'incertezza intorno all'esistenza dell'assente, lo dimostra eziandio la disposizione espressa dell'art. 113 del codice; secondo il quale, se il coniuge dell'assente abbia contratto un nuovo matrimonio, questo non può essere impugnato coll'azione di nullità finchè dura l'assenza. Il medesimo dubbio poi circa la vita o la morte dell'assente, per quelle identiche ragioni per cui dà luogo all'immissione in possesso temporaneo a favore degli eredi testamentari o legittimi, dei legatari, dei donatari e di tutti coloro, in generale, che abbiano sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui, giustifica pure che uguale beneficio possa essere invocato dal coniuge dell'assente, coll'appoggio degli stessi diritti che gli competano di successione testamentaria o legittima, od altri. Sarebbe un assurdo incomportabile che il solo coniuge dell'assente rimanesse escluso da quel vantaggio, egli, che in aggiunta ai titoli comuni agli altri ha nella qualità sua una ragione di maggior favore; e fosse costretto, solo perchè non può ancora dirsi legalmente sciolto dal vincolo coniugale, a vedere dati in possesso ad altri i beni del coniuge, rimanendo sprovveduto di quei

mezzi di sussistenza che la legge, la liberalità del coniuge, o le convenzioni matrimoniali gli assicuravano pel caso di vedovanza.

Ciò è di tanta evidenza, da potersi persino reputare superflua una disposizione espressa di legge per dichiarare che dei beni dell'assente possa essere chiesta l'immissione in possesso temporaneo anche dal coniuge di lui per titolo di successione testamentaria o legittima, o per l'esercizio dei diritti particolari che gli derivino dal testamento stesso dell'assente, dalle convenzioni matrimoniali, o da altro titolo.

Infatti, essendo stato espresso nell'art. 140 del codice Francese che " se il coniuge assente non avrà lasciati pa-" renti capaci di succedergli, l'altro coniuge potrà diman-" dare l'immissione provvisionale nel possesso dei beni " qualche giureconsulto non mancò di osservare che " Questa " disposizione è inutile, perchè non fa che applicare al " coniuge, successore irregolare, il principio che l'art. 120 " stabilisce riguardo ai diritti degli eredi presuntivi al " giorno della scomparsa dell'assente o delle ultime sue " notizie ".

Il codice Italiano non ha riprodotta una disposizione simile; ma incidentemente, nell'ultimo paragrafo dell'art. 26, ha pure accennato il principio che anche il coniuge dell'assente può chiedere l'immissione in possesso temporaneo de' beni, a raccogliere i quali sarebbe chiamato per successione testamentaria o legittima, o l'ammissione all'esercizio temporaneo di quei diritti particolari che per qualunque titolo gli spettino sopra determinati beni dell'assente stesso dipendentemente dalla condizione della morte di lui.

Ivi infatti è detto:

" Il coniuge dell'assente, oltre ciò che gli spetta in forza " delle convenzioni matrimoniali e per titolo di successione, " può, in caso di bisogno, ottenere dal tribunale una pen-" sione alimentaria da determinarsi secondo la condizione " della famiglia e l'entità del patrimonio dell'assente ".

Come risulta dalla forma stessa di questa disposizione, la parte contenuta in quelle parole " oltre ciò che spetta " al coniuge in forza delle convenzioni matrimoniali e per " titolo di successione „ è semplice riferimento alle massime generali stabilite nei precedenti paragrafi 2° e 3° del medesimo articolo. La parte, che contiene veramente una nuova disposizione speciale relativa al coniuge, è quella con cui gli si concede, oltre ai diritti che può esercitare per la immissione in possesso temporaneo dei beni dell'assente, al pari degli altri con cui si trovi in identiche condizioni, anche il diritto, affatto particolare per lui, di farsi assegnare dal tribunale una pensione alimentaria. Per la sola attribuzione di questo speciale diritto era invero indispensabile una disposizione espressa dal legislatore. Ed anzi potrebbe perfino nascere il dubbio, come vedremo appresso, se nello stabilirla, egli sia stato perfettamente coerente ai principii.

Questa particolare concessione a favore del coniuge dell'assente fu una novità introdotta dal codice Albertino. Il codice Napoleone (art. 124) e quello pel regno delle Due Sicilie (art. 130) provvedevano al coniuge dell'assente pel solo caso della *comunione di beni*, dandogli allora la facoltà di eleggere la continuazione della comunione stessa, e di impedire con ciò agli eredi presuntivi dell'assente di ottenere l'immissione nel possesso provvisionale dei beni di lui; ma nulla disponevano per gli altri casi, nei quali il regime matrimoniale adottato dai coniugi fosse quello di *esclusione della comunione*, o quello della *separazione dei beni*, o il *dotale;* e in tali casi i rapporti del coniuge presente erano perciò regolati dal diritto comune, ed egli era ammesso temporaneamente al solo esercizio di quei diritti che avrebbero avuto luogo in favore suo supponendo avvenuto lo scioglimento del matrimonio per la morte dell'assente. Il codice Parmense taceva affatto del coniuge dell'assente, lasciandogli così soltanto il benefizio attribuito generalmente agli *eredi presunti dell'assente nel tempo in cui cessa di farsi ve-*

dere, o in quello delle ultime di lui notizie (art. 1056, codice Parmense) di potere cioè farsi immettere nel provvisionale possesso dei beni che gli sarebbero spettati per titolo di successione, che erano *tutti i beni dell'eredità qualora l'assente non avesse lasciati nè parenti in grado successibile nè figli naturali* (art. 857, cod. Parm.) ed in ogni caso *la quarta d'usufrutto* (detto art. 857 combinato col 659 di detto codice).

Nell'art. 84 del codice Albertino, dopo avere stabilito il diritto all'immissione in possesso provvisorio dei beni dell'assente in favore degli eredi testamentari, degli eredi legittimi, dei legatari, dei donatari, e di tutti coloro che avessero sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui, si soggiunse nell'ultimo paragrafo:

" La moglie, che non avesse sufficienti mezzi di sosten-
" tamento, potrà inoltre domandare una pensione sussi-
" diaria, secondo lo stato e le forze del patrimonio del
" marito ".

Il codice Estense dispose nell'art. 52:

" La moglie ha diritto ad un trattamento conveniente,
" secondo la condizione del marito e le forze del di lui pa-
" trimonio ". Il concetto era desunto dal codice Albertino, ma notevolmente variato; non essendo una *pensione sussidiaria*, che si accordasse alla moglie in caso d'insufficienza dei mezzi di sostentamento ch'essa avesse, o in proprio, o mediante l'esercizio provvisorio dei diritti a lei competenti sul patrimonio del marito per titolo di successione, per effetto del contratto matrimoniale od altro, ma essendo in ogni caso ed unicamente un *trattamento conveniente* che le si concedeva a carico del patrimonio del marito assente, senza esigere la rigorosa dimostrazione del bisogno, e senza lasciare luogo ad altra specie di diritti, che la moglie potesse temporaneamente esercitare su quel patrimonio. E ciò era coerente al sistema adottato in quel codice nella materia delle successioni *ab intestato;* giacchè l'eredità dell'un con-

iuge non si devolveva per legge all'altro, se non quando il defunto non lasciasse nè parenti in grado successibile, nè figli naturali; e solo al *coniuge povero*, senza figli dello stesso matrimonio, si concedeva il diritto di conseguire dall'eredità dell'altro coniuge *congrui alimenti* sino a che non passasse ad ulteriori nozze (art. 836, 934, codice civile Estense).

Il codice Italiano, nella disposizione che abbiamo sopra riferita, non ha riprodotta alla lettera, ma certo ha seguìta nella sostanza quella dell'art. 84, paragrafo ultimo, del codice Albertino; solo ha esteso tanto all'uno quanto all'altro dei coniugi ciò che quel codice stabiliva a vantaggio soltanto della moglie. La quale innovazione è indubbiamente lodevole; poichè, se il caso più frequente sarà certamente quello dell'assenza del marito, e sarà la moglie che si troverà in bisogno di ottenere dal tribunale una pensione alimentaria sul patrimonio dell'assente, è però anche possibile il caso inverso. Verificandosi il quale, il principio ritenuto come fondamentale nel codice italiano, della reciprocità e della eguaglianza nei rapporti tra i coniugi, non permetterebbe di negare in identiche condizioni al marito ciò che si concederebbe alla moglie. Ora, se della sola moglie si fosse parlato, imitando in ciò il codice Albertino, trattandosi d'un benefizio eccezionale conceduto espressamente a lei sola, sarebbe stato ovvio l'argomentarne, secondo i principii d'interpretazione, che al marito rimanessero invece applicabili unicamente le regole generali, in virtù di cui egli potesse al pari d'ogni altro domandare la immissione in possesso temporaneo dei beni della moglie assente per titolo di successione, o chiedere l'ammissione all'esercizio provvisionale dei diritti particolari che sopra determinati beni gli spettassero subordinatamente alla condizione della morte di lei, ma non potesse poi, nel caso di insufficienza di tutto ciò, invocare l'assegnazione di una pensione alimentaria.

Nell'articolo del progetto, corrispondente all'84 del codice

Albertino, non era compresa la disposizione che fu poi aggiunta nell'ultimo paragrafo di detto articolo 84. Ciò avvenne sopra proposta del Senato di Piemonte, il quale notava l'inconveniente di non avere nulla provvisto a favore *della moglie dell'assente*.

Il Senato faceva in proposito le osservazioni seguenti:

" Dovrà la moglie vedersi esclusa dalla casa maritale da
" un avido parente, a motivo che deve questi assumere
" l'amministrazione del patrimonio dell'assente, e che n'è
" erede scritto o presuntivo?

" Bisognerà dichiararla vedova anzi tempo, toglierla
" dalle sue affezioni, dal trattamento che il marito le teneva,
" malgrado che essa sia sempre moglie di quello, conservi
" tutti i diritti ed oneri che a lei competono, insomma,
" nonostante che duri il vincolo matrimoniale?...

" Sembra quindi doversi in apposito articolo spiegare
" che in simili casi competerà alla moglie il trattamento
" che l'assente consorte le usava, oltre la ragione di far
" separare la dote e le sue ragioni dotali ".

La Commissione compilatrice ammise per motivi d'equità la proposta; notando però che essa se n'era astenuta nel progetto, parendole che potesse riscontrarsi una contraddizione nell'attribuire alla moglie dell'assente diritti che supporrebbero l'esistenza di lui, nel mentre stesso che la si ammetteva ad esercitare temporaneamente altri diritti dipendenti dalla condizione che egli fosse morto. Nè potrebbe negarsi questa contraddizione, partendo dal concetto che fosse concesso al coniuge dell'assente di farsi immettere nel possesso dei beni per una presunzione della morte di lui, e contemporaneamente gli fosse attribuito il diritto ad una pensione alimentaria supponendo che l'assente fosse tuttora in vita. Se non che, secondo le teorie che abbiamo dimostrate, non è nè una presunzione di morte, nè una presunzione di vita dell'assente, che faccia luogo ai diritti predetti. L'esistenza di lui è ancora completamente incerta, sebbene nello stadio in cui si è, dopo

la dichiarazione di assenza, le probabilità della morte siano considerevolmente accresciute. In questo stato di cose, per le ragioni che più volte accennammo, si è creduto prima di tutto conveniente di accordare al coniuge, come a chiunque altro abbia sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla morte di lui, di farsi porre nel possesso dei beni medesimi e nell'esercizio temporaneo di questi diritti. Ma prevedendo il caso che in tutto ciò il coniuge non trovasse ancora mezzi sufficienti per sostenere la vita in condizioni convenientemente proporzionate a quelle di cui godeva nello stato di matrimonio, la stessa incertezza che vi è intorno alla vita od alla morte dell'assente, e quindi intorno all'essere sciolto o sussistere tuttora il matrimonio medesimo, consigliava il legislatore ad assicurare frattanto al coniuge dell'assente un trattamento equo, che impedisse un'alterazione troppo notevole nelle condizioni di lui; ciò che appunto si conseguì coll'attribuirgli il diritto ad una pensione alimentaria suppletiva.

Ma per questo stesso carattere di tale pensione, sembra chiaro che non potrebbe il coniuge astenendosi dall'esercitare i diritti che gli competono in virtù delle convenzioni matrimoniali, o per titolo di successione, od altro, limitarsi a chiedere la prestazione di congrui alimenti sul patrimonio dell'assente.

Il coniuge deve innanzi tutto valersi di questi diritti, che gli spettano secondo le norme comuni; e solo quando non ritragga da ciò mezzi sufficienti per un congruo sostentamento, può chiedere inoltre una pensione alimentaria. Il codice Albertino esprimeva questo concetto chiarissimamente parlando d'una *pensione sussidiaria*. Non è stato certamente diverso il pensiero del legislatore italiano, sebbene non abbia testualmente ripetuta quella espressione; e lo dimostrò abbastanza col dire che " il coniuge dell'as-
" sente, *oltre ciò che gli spetta in forza delle convenzioni ma-*
" *trimoniali, o per titolo di successione, può in caso di bisogno*
" ottenere dal tribunale una pensione alimentaria ".

E appunto perchè il legislatore volle attribuire a questa pensione suppletiva il carattere giuridico di *alimentaria*, ha fatto anche qui applicazione del principio fondamentale secondo cui " gli alimenti debbono essere assegnati in pro- " porzione del bisogno di chi li domanda e delle sostanze " di chi deve somministrarli „ (art. 143, cod. civ.).

Il *bisogno* è da apprezzarsi in senso non assoluto, ma relativo; epperciò è dichiarato nel testo doversi avere riguardo *alla condizione della famiglia*. E nel commisurarlo si deve poi tener conto, non di quei soli mezzi che il coniuge dell'assente possa ricavare dall'esercizio delle altre sue ragioni sul patrimonio dell'assente medesimo, in dipendenza delle convenzioni matrimoniali, dei diritti di successione testamentaria o legittima, o d'altro; ma tenendo conto eziandio delle rendite che il coniuge presente ritragga dalle proprie sostanze patrimoniali.

Chi deve somministrare la pensione alimentaria di supplemento, è il patrimonio dell'assente; non potendo certamente quella pensione considerarsi come debito personale degli eredi testamentari o legittimi, i quali avendo il semplice possesso temporaneo dei beni lasciati dall'assente, non possono in generale essere tenuti personalmente al pagamento dei debiti che stiano a carico di lui; e qui d'altra parte si tratta d'un debito la cui sussistenza non sarebbe veramente concepibile, se non dipendentemente dall'ipotesi che l'assente vivesse ancora, poichè nel caso contrario, e supposto che la successione di lui si fosse aperta, al coniuge non potrebbero spettare che i diritti appunto di successione testamentaria o legittima, non mai quello d'una pensione alimentaria da prestarsi dall'eredità. Di ciò è naturale conseguenza quanto dispone la legge, che la pensione alimentaria sia da determinarsi avendo anche riguardo all'*entità del patrimonio dell'assente*.

Qualche dubbio può rimanere ancora relativamente a questa disposizione dell'art. 26, paragrafo ultimo. Il coniuge dell'assente, per l'esercizio dei diritti ivi riconosciuti e con-

cessi in suo favore, avrà bisogno di agire in contraddittorio degli eredi legittimi, mentre il legislatore non lo ha dichiarato in questo come ha fatto nei precedenti paragrafi secondo e terzo? Per ciò che riguarda la prima parte della disposizione contenuta nel detto paragrafo ultimo, la risposta al quesito ci sembra assai facile e sicura. Poichè, come dimostrammo, accennando incidentemente ai diritti che il coniuge può esercitare per la immissione in possesso temporaneo dei beni lasciati dall'assente, a titolo di successione, od in forza delle convenzioni matrimoniali, il legislatore ha inteso semplicemente di riferirsi alle disposizioni dei precedenti paragrafi secondo e terzo, riconoscendo che anche il coniuge stesso può approfittare di quelle disposizioni comuni a tutti quelli che abbiano interessi simili, è chiaro che non vi era bisogno di dichiarare se ed in quali casi dovesse il coniuge dell'assente proporre le sue domande in contraddittorio degli eredi legittimi, bastando l'applicazione pura e semplice dei citati paragrafi secondo e terzo. Il coniuge adunque, che domandi il possesso temporaneo dei beni dell'assente per titolo di successione legittima, non avrà bisogno, secondo le ricordate norme generali, di agire in contraddittorio d'alcuno (1). Quando invece chiedesse il possesso a titolo di successione testamentaria, dovrebbe proporre l'istanza in contraddittorio degli eredi legittimi; e così pure quando chiedesse d'essere ammesso all'esercizio temporaneo di diritti particolari sopra determinati beni in virtù di legato, di donazione, di patti stipulati nelle convenzioni matrimoniali o d'altro titolo. Quanto poi all'istanza per una pensione alimentaria di supplemento, sembra ugualmente certo che essa non possa essere promossa che in contraddittorio degli eredi, coi quali farebbesi luogo a discutere intorno all'esistenza del bisogno ed alla misura della pensione, essendo essi interessati intorno a ciò a contestare le preten-

---

(1) V. sopra, n. 165, p. 630, 631.

sioni che dal coniuge dell'assente vengano accampate. Più grave sarebbe un altro quesito, che ora accenneremo.

È indubitabile che il domandare l'immissione in possesso temporaneo dei beni del coniuge assente, a titolo di successione testamentaria o legittima, o il domandare l'ammissione all'esercizio pure temporaneo delle ragioni particolari che dipendano dalle convenzioni matrimoniali o da altro titolo, è pel coniuge presente un semplice *diritto facoltativo*. Ciò è nella natura delle cose; e se ne trova d'altronde la conferma espressa nelle parole stesse del legislatore, avendo egli detto che il coniuge dell'assente *può domandare* ciò che gli spetta in forza delle convenzioni matrimoniali e per titolo di successione, e *può inoltre ottenere*, in caso di bisogno, una pensione alimentaria. Or dunque, se il coniuge presente non voglia approfittare di questa facoltà, e non la eserciti, conserverà invece, e potrà far valere rimpetto agli altri, che quali eredi testamentari o legittimi siano immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, quei diritti che gli derivano dal contratto di matrimonio, e la cui esistenza attuale dipenderebbe dalla supposizione che l'assente medesimo fosse tuttora in vita? Il marito, per esempio, potrà pretendere di conservare l'amministrazione e il godimento dei beni costituiti in dote dalla moglie assente? E la moglie potrà pretendere di continuare ad esercitare sul patrimonio del marito assente quei diritti che nelle convenzioni matrimoniali aveva stipulati pel tempo in cui durasse il matrimonio?

Una questione simile fu discussa dagli autori francesi, i quali ritennero concordemente che il coniuge presente, il cui matrimonio fosse stato contratto sotto tutt'altro regime che quello della *comunione dei beni*, non potesse, dopo dichiarata l'assenza dell'altro coniuge, esercitare contro i presunti eredi di quest'ultimo i diritti che gli competerebbero supponendo tuttora sussistente il matrimonio, ma questo dovesse al contrario considerarsi temporaneamente come sciolto quanto ai rapporti concernenti i diritti pecu-

niari del coniuge presente; e perciò il marito fosse tenuto a restituire agli eredi della moglie assente la dote che ne avesse ricevuta. Bisogna aggiungere però che in tale opinione erano indotti quegli autori da una speciale disposizione del codice Francese, che già altra volta abbiamo ricordata (1), quella cioè dell'art. 124, la cui prima parte era così espressa:

" Il coniuge che è in comunione di beni, *se elegge di* " *continuare nella medesima*, potrà impedire l'immissione " provvisionale nel possesso, e l'esercizio provvisionale di " tutti i diritti dipendenti dalla condizione di morte dell'as- " sente, e potrà a preferenza prendere o conservare l'am- " ministrazione dei beni dell'assente ".

Da ciò i commentatori deducevano la seguente argomentazione. Secondo gli articoli 120 e 123 gli eredi presuntivi dell'assente, i legatari e tutti coloro che hanno diritti subordinati alla condizione della morte di lui, possono esercitarli provvisoriamente; tale è la regola generale in materia di assenza. La legge vi deroga in un caso solo, cioè a favore del *coniuge che sia in comunione di beni*, permettendogli di eleggere la continuazione di tale comunione, d'impedire con ciò la immissione in possesso degli eredi presuntivi e l'esercizio provvisionale dei diritti spettanti ad altri, e di prendere o conservare a preferenza esso coniuge l'amministrazione dei beni dell'assente. Dunque, fuori di questo caso d'eccezione, e vale dire quando il matrimonio sia stato contratto sotto qualunque altro regime diverso da quello della comunione dei beni, debbono applicarsi le regole generali degli articoli 120 e 123; e per gli effetti dei diritti pecuniari, spettanti al coniuge rimasto presente, il matrimonio è da considerarsi come sciolto. È questo il punto in cui, relativamente al diritto positivo, si trovavano concordi gli scrittori francesi; ma, quanto a giudicare poi se la massima così stabilita fosse o non conforme ai principii teorici, vi

(1) V. sopra, n. 137, p. 475.

era invece dissenso. Cercavano alcuni di giustificarla, osservando che “ la legge accordava soltanto al coniuge che “ fosse in comunione di beni il diritto di mantenere l'an- “ tico stato di cose, perchè aveva voluto rendere comune “ il suo favore ad ambidue i coniugi, ciò che non poteva “ verificarsi in altro regime diverso da quello della comu- “ nione „ e che nel regime di esclusione della comunione e nel regime dotale non vi era motivo per dover mantenere, non ostante l'assenza dichiarata della moglie, i diritti del marito sui beni di lei; perchè se non vi erano figli, i carichi del matrimonio non esistevano più di fatto pel marito, il quale per provvedere a sè personalmente aveva i propri beni; e se vi erano figli, spettava al padre, per diritto di patria potestà, l'usufrutto dei beni che ad essi pervenivano dalla madre, e poteva provvedere con ciò agli oneri del matrimonio (1). Altri contrapponevano; che una ragione di differenza sarebbesi tutt'al più potuta riscontrare tra il regime della comunione e quello della completa *separazione di beni* tra coniugi, non essendovi in quest'ultimo caso alcun diritto in favore dell'uno sui beni dell'altro; ma quando si trattasse invece del regime *esclusivo di comunione*, nel quale spettava al marito l'amministrazione e il godimento di tutti i beni della moglie per sostenere i pesi del matrimonio, o del *regime dotale*, in cui spettava al marito l'amministrazione ed il godimento dei beni costituiti in dote, questi pure essendo diritti derivanti dal contratto di matrimonio, al pari di quelli di comunione, non vi sarebbe stato motivo sufficiente per privarne il marito, durante l'assenza della moglie, piuttosto nell'un caso che nell'altro, e per considerare come esistente ancora il contratto matrimoniale quando vi fosse stata ammessa la comunione dei beni, e riguardarlo invece come sciolto quando vi fosse stata pattuita l'esclusione della comunione o la costituzione della

(1) V. Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, c. XX, s. IV, § 3, p. 314; Duranton, t. I, n. 451-452.

dote. Soggiungevano che in questi ultimi casi " la dissolu-
" zione provvisoria delle convenzioni matrimoniali era ad
" un tempo irrazionale ed iniqua ", ch'era vano cercare una ragione con cui giustificare la differenza tra i casi predetti e l'altro della comunione di beni, e solo bisognava accettarla perchè era manifestamente ritenuta dalla legge (1).

Se non che, forse, la ragione vera di questa differenza stava tutta nel maggior favore con cui dalla legislazione francese era riguardata la comunione dei beni in confronto d'ogni altro regime matrimoniale. Era quello il sistema più conforme ai costumi di Francia; e perciò appunto la comunione dicevasi *legale*, e si stabiliva di pien diritto pel fatto stesso della celebrazione valida del matrimonio senza la precedente stipulazione di un contratto, che regolasse i rapporti pecuniari tra i coniugi; mentre all'opposto l'esclusione della comunione, la separazione di beni, la costituzione di dote, richiedevano una stipulazione fatta nelle convenzioni matrimoniali. Ciò poteva dare spiegazione del perchè la comunione di beni, favorita dalla legge, non si reputasse sciolta per la dichiarazione d'assenza d'uno dei coniugi, finchè non ne fosse provata la morte, e si lasciasse perciò al coniuge presente la facoltà di scegliere tra la continuazione di quella comunione, o l'esercizio invece dei diritti dipendenti dalla morte dell'altro coniuge; mentre quando si fosse stipulato uno degli altri regimi matrimoniali, il coniuge presente potesse solo esercitare i diritti subordinati alla morte dell'assente.

Ben diversamente è nella legislazione nostra. Essa non impose alcun sistema legale, che regolasse di diritto la società coniugale, e tanto meno impose la comunione di beni, che il fatto aveva dimostrato essere ripugnante alle costumanze nostre. Si riferì pertanto alle libere convenzioni delle

(1) V. Demolombe, t. II, n. 272, 273, 274; Laurent, t. II, n. 202, pag. 261 e 262.

parti, senza presumere che abbiano voluto seguire piuttosto il regime dotale che quello di comunione (art. 1378, codice civile), e in mancanza di stipulazioni a tale proposito ritenne la *separazione di beni*, imponendo però a ciascuno dei coniugi di contribuire in proporzione delle proprie sostanze al mantenimento della famiglia (art. 132, 138, 1426, codice civile). Vincolò anzi la facoltà degli sposi di contrarre una comunione universale dei beni, limitandola a quella *degli utili* (art. 1433, 1435, 1436, cod. civ.). Annoverò poi tra le cause, che producono lo scioglimento di tale comunione convenzionale, anche l'*assenza dichiarata di uno dei coniugi* (art. 1441, cod. civ.). Colla quale ultima disposizione venne pertanto indubbiamente ed assolutamente ad escludere quello che l'art. 124 del codice Francese espressamente stabiliva, che cioè il coniuge presente potesse *eleggere di continuare nella comunione;* essendo troppo manifesta la impossibilità di ammettere ciò di fronte ad un testo che dichiara *sciolta la comunione* per la dichiarazione d'assenza d'uno dei coniugi. Quello di essi che è rimasto presente potrà dunque soltanto esercitare contro gli eredi posti in possesso temporaneo dei beni dell'assente quei diritti, che dipendono dallo scioglimento della comunione secondo gli articoli 1444, 1445, 1446; e potrà ristabilirla in caso di ritorno dell'assente, col consenso di lui, a norma dell'art. 1443.

Pel caso che gli sposi, nel regolare col contratto di matrimonio i loro rapporti pecuniari, abbiano preferito il sistema dotale, non vi è veramente nel nostro codice una disposizione che dichiari potersi dal coniuge presente eleggere la continuazione degli effetti del contratto matrimoniale stesso, considerando il matrimonio come tuttora esistente, non ostante l'assenza dell'altro coniuge; invece di esercitare a titolo di immissione temporanea in possesso i diritti che in forza delle convenzioni matrimoniali o per successione gli competano subordinatamente alla condizione della morte del coniuge assente, come gliene darebbe

facoltà l'art. 26, paragrafo ultimo. Ma appunto perchè l'esercizio di tali diritti è semplicemente facoltativo, e perchè non vi è neppure d'altra parte alcuna disposizione la quale vieti al coniuge presente d'insistere all'opposto nei diritti che gli derivano dal contratto di matrimonio pel tempo in cui continui a sussistere il matrimonio, finchè non ne sia provato lo scioglimento per la morte del coniuge assente; il dubbio non può dunque essere risolto, in mancanza di una speciale disposizione, se non riferendosi ai principii generali.

Entrando in questo campo, è necessario prima di tutto avvertire, che qualora il coniuge presente preferisca di conservare i diritti che durante il matrimonio egli ha in virtù delle convenzioni matrimoniali, sono veramente gli eredi, immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, che si propongono di spogliare quel coniuge dei diritti, dei quali egli si trova in possesso. Hanno essi fondamento a pretenderlo, nello stato d'incertezza in cui lascia l'assenza dell'altro coniuge, quantunque dichiarata? È questo, pare a noi, il punto che bisogna risolvere mediante l'applicazione dei principii generali di diritto. I presunti eredi del coniuge assente, dopo avere ottenuto il possesso dei di lui beni, vogliono privare il coniuge presente dei vantaggi di cui gode in dipendenza del contratto di matrimonio; se è il marito, gli chiedono la restituzione della dote; se è la moglie, vogliono privarla di quel trattamento di cui fruisce a carico del patrimonio del marito per stipulazioni fatte nelle convenzioni matrimoniali. Ma il possesso accordato a questi presunti eredi non ha altro oggetto che i beni lasciati dall'assente, così com'erano presso di lui. Ora, la moglie assente conservava bensì la proprietà dei suoi beni dotali, ma l'amministrazione ed il godimento di quei beni appartenevano, in virtù dell'atto costitutivo di dote, al marito. Il marito assente aveva bensì la proprietà, il possesso, l'amministrazione e il godimento dei beni facienti parte del suo patrimonio, ma su quei beni gravavano le obbligazioni da lui

contratte verso la moglie colle convenzioni matrimoniali. I presunti eredi del coniuge assente, posti in possesso dei di lui beni, non possono certamente esercitare diritti maggiori di quelli che a lui stesso spettavano; non possono dunque assumere il possesso dei beni della moglie assente, se non rispettando i diritti d'amministrazione e di godimento acquistati dal marito per la costituzione della dote; non possono assumere il possesso dei beni del marito assente, se non col gravame delle obbligazioni da lui contratte e di cui quei beni formano la guarentìa. Se fosse un'altra persona, a cui per qualsiasi diverso titolo competesse un diritto d'usufrutto su determinati beni di proprietà dell'assente, o che avesse contro lui diritti personali di credito, gli immessi nel possesso temporaneo dei beni non potrebbero certamente esimersi dal rispettare quell'usufrutto, dal soddisfare coi beni lasciati dall'assente quelle obbligazioni. E perchè dunque sarebbe diversamente per la sola circostanza d'essere usufruttuario o creditore il coniuge dell'assente? È vero che se il coniuge assente fosse morto, sarebbe estinto l'usufrutto dotale, sarebbero cessati i diritti stipulati nel contratto matrimoniale pel tempo di durata del matrimonio. Ma la morte dovrebb'essere provata; nè l'assenza, ancorchè dichiarata, la fa presumere. Solamente quando i presunti eredi dell'assente conseguissero l'*immissione in possesso definitivo* dei beni di lui, si farebbe luogo a considerare come estinto l'usufrutto dotale, come cessate le obbligazioni contratte nelle convenzioni matrimoniali e che dovevano adempirsi durante il matrimonio; non perchè neppure in questo stadio del possesso definitivo si presuma dalla legge la morte dell'assente, ma perchè essendosi voluta allora dal legislatore una sistemazione terminativa del patrimonio dell'assente, come se la morte di lui fosse realmente avvenuta, quantunque non sia di fatto ancora accertata, nè legalmente presunta, è conseguente che tutto debba ordinarsi definitivamente nel modo stesso a cui quella morte darebbe luogo, e perciò cessi anche l'esercizio del godi-

mento che ad altri competa di determinati beni, durante la vita dell'assente, e cessino le obbligazioni ch'egli abbia assunto di soddisfare per lo stesso tempo soltanto.

Una conferma di queste idee risulta eziandio dalla disposizione dell'art. 1409 del nostro codice, ov'è detto potersi chiedere la restituzione della dote *sciolto che sia il matrimonio*, ciò che avviene soltanto quando siasi verificata e sia provata la morte d'uno dei coniugi (art. 148, cod. civile); nè si parifica, come nell'art. 1441, al caso di morte quello della *dichiarazione di assenza*.

Un altro argomento, per interpretare nel medesimo senso la intenzione del legislatore, sembra pure potersi ricavare dalla stessa disposizione dell'art. 26, § ultimo; inquantochè, mentre si ebbe tanta cura di provvedere al coniuge dell'assente, da spingersi fino a concedergli contemporaneamente l'esercizio dei diritti dipendenti dalla morte dell'assente medesimo, e insieme il diritto, in caso di bisogno, ad ottenere una pensione alimentaria, che non gli spetterebbe contro l'eredità dell'altro coniuge se più non fosse in vita, sarebbe incoerente costringere il coniuge presente a restituire i beni ricevuti in dote, o privarlo di quei vantaggi che si era assicurati mediante il contratto matrimoniale. Aggiungasi inoltre, che in questa disposizione è dichiarato potersi dal coniuge dell'assente pretendere *ciò che gli spetta in forza delle convenzioni matrimoniali;* e la generalità di questa espressione permette di comprendervi tanto ciò che spetti al coniuge presente *sotto la condizione della morte dell'assente*, quanto ciò che gli spetti pel tempo in cui duri il matrimonio.

Così, a nostro modo di vedere, sarebbero da ritenersi in questo particolare, secondo la legge italiana, massime precisamente opposte a quelle che la dottrina traeva dalle disposizioni del codice Francese. Infatti, a tenore di queste, il coniuge presente, che si trovasse in comunione di beni coll'assente, poteva eleggere di continuare in tale comunione, impedire con ciò l'immissione provvisionale nel

possesso e l'esercizio provvisionale di tutti i diritti dipendenti dalla condizione di morte dell'assente, e prendere a preferenza o conservare l'amministrazione de' beni di quest'ultimo; e quando invece non fosse in comunione di beni, doveva lasciar luogo all'immissione in possesso dei presunti eredi dell'assente, ed all'esercizio temporaneo dei diritti dipendenti dalla morte di lui, nè poteva chiedere contro gli eredi presuntivi che si mantenessero in proprio favore la esecuzione e gli effetti delle stipulazioni fatte nel contratto matrimoniale pel tempo di durata del matrimonio. All'opposto, in forza delle nuove disposizioni del codice Italiano, il coniuge presente, che avesse stipulata coll'assente la comunione di beni, non potrebbe pretendere di continuarla dopo la dichiarazione d'assenza dell'altro coniuge, perchè tale dichiarazione ha per effetto, secondo l'articolo 1441, di sciogliere la comunione. Ma fuori di questo caso, il coniuge presente potrebbe invocare, contro gli eredi presunti immessi nel possesso temporaneo dei beni, gli effetti della costituzione di dote e delle altre stipulazioni contenute nel contratto nuziale relative a diritti da esercitarsi durante il matrimonio, finchè non fosse provata la morte realmente avvenuta dell'assente; salve le restituzioni, a cui potrebbe essere costretto allorchè questa prova fosse somministrata, dei frutti percetti o di quanto avesse ricevuto pel tempo posteriore all'evento della morte del coniuge assente.

Dobbiamo dire però che questa nostra opinione non è conforme a quella professata da un lodato commentatore; il quale, dopo avere proposta la questione " se il marito, " *nell'assenza della moglie*, possa conservare *fino alla im-* " *missione definitiva* l'usufrutto e l'amministrazione dei beni " dotali „ e dopo avere riferite la risposta negativa del *Duranton* e le ragioni a cui questi l'appoggiava, soggiunse: " Oltre i diritti successorii, vi hanno facoltà contrattuali " esercibili alla morte di una persona. La restituzione della " dote, il conseguimento delle donazioni obnuziali, di lucri " dotali, ecc., derivano dal contratto, o almeno da rapporti

" giuridici fondati nel contratto di matrimonio, in ordine " al qual esercizio del diritto la morte non è che una con- " dizione. E poichè *la dichiarazione dell'assenza equivale alla* " *presunzione della morte*, e su questa idea è fabbricato tutto " l'edifizio del possesso e della successione provvisoria, " perciò *si reputa già venuto il tempo di esercitare le azioni* " *matrimoniali, che hanno per condizione la morte di uno dei* " *coniugi*. Questa è la vera ragione per cui nel quesito sopra " proposto, il marito per conservare l'amministrazione dei " beni dotali e rifiutarsi alla restituzione della dote, non " potrebbe addurre la *sussistenza del matrimonio*. Non bi- " sogna mettersi in contraddizione... Se crediamo alla " morte, è pur forza credere alla dissoluzione del matri- " monio; dal che però non consegue che il coniuge possa " consolare la supposta sua vedovanza con altre nozze... „ (1).

Tutto il ragionamento si fonda, com'è manifesto, sul supposto principio che la dichiarazione di assenza porti con sè una *presunzione legale di morte dell'assente*; principio, a stabilire il quale non si trova base sufficiente, nè in ragione, nè in alcun testo di legge, come crediamo di aver già dimostrato (2). Neppure possiamo ammettere pertanto la conseguenza dedotta da quel preteso principio, che cioè *sia da reputarsi venuto il tempo di esercitare le azioni matrimoniali, che hanno per condizione la morte di uno dei coniugi*. Al quale proposito stimiamo inoltre non inopportuno l'osservare come una tale proposizione ecceda i termini ed il senso dell'art. 26. Nè in questa nè in veruna altra disposizione il legislatore ha enunciato mai, nè fatta supporre la massima generale che colla dichiarazione d'assenza *divengano esercibili tutti i diritti dipendenti dalla condizione della morte d'uno dei coniugi*. Ha statuito bensì che *il coniuge presente* possa chiedere d'essere ammesso all'esercizio temporaneo dei diritti, che in forza delle convenzioni matrimoniali gli spettino *sui beni del coniuge assente* pel caso della

(1) V. Borsari, *Comm.*, art. 26-27, vol. I, § 153, p. 224.
(2) V. sopra, n. 134, p. 442-444.

morte di questo; ma non ha conceduto *ai presunti eredi dell'assente* di esercitare provvisoriamente *contro il coniuge presente* quei diritti che dipenderebbero dalla morte dell'assente, ciò ch'è molto diverso. Nè più esatta ci sembra l'altra proposizione, che il marito *per rifiutarsi alla restituzione della dote non potrebbe addurre la sussistenza del matrimonio.* Per contestare la domanda di restituzione egli non ha bisogno di allegare e provare la sussistenza del matrimonio; gli basta *la incertezza* che vi è, se il matrimonio sia sciolto o no, poichè la morte dell'assente non è provata nemmeno con una presunzione legale; incomberebbe agli eredi presunti della moglie assente, che si rendono attori contro il marito per ottenere la restituzione della dote, il provare che il matrimonio fosse sciolto per l'avvenuta morte della moglie stessa.

171. — Di quali beni può chiedersi l'immissione temporanea in possesso dagli aventi diritto a norma di legge? La risposta non può incontrare difficoltà allorchè si tratti dell'ammissione all'esercizio temporaneo di diritti particolari, secondo la disposizione del terzo paragrafo dell'art. 26. È troppo chiaro in tal caso che di questa specie d'immissione in possesso provvisorio non possono formare oggetto che quegli stessi beni singoli, sui quali competano ai richiedenti particolari diritti dipendenti dalla condizione della morte dell'assente. Ogni dubbio possibile si limita quindi al caso di vera immissione in possesso della universalità o di una quota parte del patrimonio dell'assente, domandata dagli eredi testamentari, o in mancanza di questi, dagli eredi legittimi di lui. — A tale proposito, il codice Italiano parla sempre genericamente del *possesso temporaneo dei beni dell'assente*, senz'aggiungere altra maggiore specificazione; ed è così non solo nell'art. 26, ma pure nei successivi 27, 28 e 29.

Il codice Francese, invece, dichiarava espressamente che i beni, dei quali gli eredi presuntivi potevano chiedere la

immissione in possesso provvisionale, erano *quelli che spettavano all'assente al tempo della di lui partenza o delle ultime sue notizie* (art. 120). La stessa espressione era ripetuta nell'art. 126 del codice Napoletano, nell'art. 1056 del codice Parmense, nell'art. 84 del codice Albertino. Il codice Estense parlava dei *beni lasciati dall'assente.*

Però alla formola più generica adottata dal nostro legislatore non può attribuirsi un senso diverso nella sostanza, da quello che i codici anteriori spiegavano più particolarmente. Basterebbe ad accertarne il riflettere, che essendosi voluto attribuire il possesso temporaneo delle sostanze dell'assente a coloro che, supposta la morte di lui, sarebbero chiamati a raccogliere quelle sostanze in qualità di eredi testamentari o legittimi, i beni da assoggettarsi a tale immissione in possesso non possono dunque esser altri che quelli i quali ne costituirebbero l'eredità, supponendo che ne fosse avvenuta la morte nel giorno da cui parte la presunzione di assenza, e dal quale data perciò l'incertezza circa l'esistenza della persona. Ma inoltre, anche la connessione stessa delle parole usate nel paragrafo secondo dell'art. 26 porta con sicurezza al medesimo concetto; poichè essendovi detto che l'immissione in possesso temporaneo de' beni può chiedersi da coloro che sarebbero eredi dell'assente s'egli fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza, è chiaro come i beni stessi che in tale ipotesi farebbero parte della eredità dell'assente siano quelli, e non altri, che il legislatore intese doversi comprendere in tale immissione in possesso. — Fermato questo punto fondamentale, riesce più agevole la risoluzione delle difficoltà che possono presentarsi in tale argomento; bastando determinare, coll'applicazione dei principii generali, quali sarebbero i beni che dovrebbero reputarsi formar parte del patrimonio dell'assente, ed essere trasmissibili per successione ereditaria, qualora fosse accertato ch'egli fosse morto nel giorno in cui scomparve, od a cui risalgono le ultime notizie della sua esistenza.

Una prima conseguenza evidentissima è questa; che i diritti, i quali siansi aperti posteriormente al tempo da cui parte la presunzione di assenza, non possono dar fondamento in favore degli eredi dell'assente a domandare l'immissione in possesso provvisorio dei beni formanti oggetto di tali diritti. Questi non erano acquisiti allorchè l'assente scomparve o se n'ebbero le ultime notizie, epperò non potevano reputarsi formar parte del patrimonio di lui, del quale patrimonio soltanto possono gli eredi domandare la immissione in possesso; erano a quel tempo semplici *speranze*, non suscettibili di trasmissione ereditaria. Così risulta infatti anche dalle disposizioni espresse degli articoli 42 al 45 del codice civile; secondo i quali, se durante l'assenza si apra una successione, alla quale sarebbe chiamata in tutto od in parte la persona assente, gli eredi di questa non possono reclamare in nome di lei quei diritti successorii, ma l'eredità si devolve a coloro a cui spetterebbe in mancanza dell'assente; salvo sempre il potersi più tardi da lui medesimo, o da chi lo rappresenti, esercitare l'azione in petizione di eredità, od altri diritti dipendenti da tale successione, qualora si provi che al momento almeno in cui essa si aprì l'assente fosse ancora in vita.

Alcuni autori fanno però osservare come non di rado avvenga che aprendosi durante l'assenza presunta una successione, a cui sia chiamato anche l'assente, gli altri interessati nella divisione dell'eredità vi ammettano di fatto lui pure, riguardandolo come tuttora esistente, e rimettendo al procuratore ch'egli abbia lasciato, od all'amministratore che gli sia stato deputato dal tribunale, la parte di beni che gli spetterebbe. Ora — domandano gli autori predetti — quando poi l'assenza sia stata dichiarata giudizialmente, quale sarà la sorte di questi beni? Avranno diritto ad assumerne il possesso temporaneo i presunti eredi dell'assente? Ovvero rimarranno in mani del procuratore o dell'amministratore giudiziale? Ovvero dovranno ritornare a coloro coi quali l'assente, rappresentato dal suo procuratore, era

stato ammesso a concorrere nella divisione dell'eredità apertasi dopo cominciata l'assenza presunta? Quest'ultima è la soluzione adottata; e la giustificano ragioni a nostro avviso incontestabili (1). Che i presunti eredi dell'assente avessero diritto alla immissione in possesso temporaneo dei beni provvisoriamente attribuiti nella divisione all'assente medesimo, non sarebbe certamente ammissibile. Mancherebbe loro qualsiasi titolo per appoggiare una simile domanda. Non potrebbero invocare il diritto dell'assente, loro autore, alla successione, essendosi questa aperta dopo cominciata l'assenza, quando perciò era incerto se l'assente sopravvivesse a colui del quale sarebbe stato successibile. Non potrebbero invocare l'atto di divisione come traslativo di proprietà a favore dell'assente, poichè quest'atto è semplicemente *dichiarativo* di diritti che si suppongono preesistenti. Non potrebbero neppure allegare che nella divisione si avessero a scorgere gli estremi d'una liberalità fatta in favore dell'assente dagli altri interessati nella successione, poichè — come osserva il *Proudhon* " non si troverebbero " nell'atto divisionale nè le forme d'una donazione, nè la " intenzione di donare nei condividenti, nè la capacità " a ricevere nell'assente, del quale è incerta l'esistenza al " tempo dell'atto medesimo „. D'altra parte, neppur sarebbe concepibile che il possesso dei beni attribuiti per divisione all'assente rimanesse presso il procuratore da lui costituito, o presso gli amministratori nominatigli dal tribunale. " A qual titolo — domanda il *Merlin* — ne conserverebbero essi l'amministrazione? Il loro mandato non esiste " più; esso era limitato al tempo durante il quale l'assenza " fosse semplicemente presunta; ed è necessariamente " estinto dal momento in cui, dopo la dichiarazione d'assenza è intervenuta una sentenza d'immissione in possesso " provvisorio.

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. CXX, § 8; Proudhon, *Tr. sur l'état des personnes*, t. I, c. XX, § 3, p. 284; Laurent, t. II, n. 166.

“ È dunque imprescindibile che avvenuta l'immissione
“ in possesso provvisorio, i beni devoluti all'assente dopo
“ la sua scomparsa, e che le parti interessate ad escluder-
“ nelo avevano per condiscendenza lasciato raccogliere dai
“ rappresentanti di lui, ritornino a queste parti stesse, salvo
“ all'assente, od ai suoi aventi diritto, di reclamarli contro
“ di esse, qualora l'assente ritorni, o ne giungano poste-
“ riori notizie „.

Vi è un'altra specie di diritti, che quantunque aperti anteriormente al tempo da cui parte la presunzione di assenza, e perciò già acquisiti all'assente, non potrebbero tuttavia dar fondamento in favore degli eredi di lui a reclamare l'immissione temporanea in possesso dei beni formanti oggetto dei diritti medesimi. E sono quelli che per indole loro speciale sono continuativi nello esercizio, e costituiti a solo vantaggio personale d'un determinato individuo, di modo che col cessare della vita di lui vengono ad estinguersi. Tali sono le servitù personali d'usufrutto, d'uso, d'abitazione. Essenzialmente temporanei e vitalizi, codesti diritti non sono trasmissibili per successione ereditaria (articolo 515, § 1°, 529, codice civile); neppure è concepibile pertanto che invocandoli possano chiedere la immissione provvisoria in possesso dei beni, che ne formino oggetto, gli eredi testamentari o legittimi dell'assente, i quali appunto sul titolo dell'eventuale successione ereditaria fondano la loro domanda. È nella probabilità di morte dell'assente, che i presunti eredi trovano ragione di chiedere il possesso temporaneo dei beni; mentre bisognerebbe supporlo vivente, perchè esistessero ancora quei diritti d'usufrutto, d'uso, d'abitazione, in virtù di cui gli eredi predetti pretendessero comprendere nel patrimonio dell'assente, di cui reclamano il possesso, anche i beni formanti oggetto di quei diritti. La loro istanza sarebbe così in contraddizione manifesta col loro titolo stesso; ed è quindi evidente la sua inammissibilità. Sarebbe invece a coloro ai quali appartenesse la nuda proprietà dei beni goduti dall'assente, che

spetterebbe in tali casi di poter chiedere, a norma di quanto è disposto nel terzo paragrafo dell'art. 26, d'essere ammessi all'esercizio temporaneo di quel diritto di consolidazione del godimento colla proprietà dei beni, che dipenderebbe in loro favore dalla condizione della morte dell'assente.

Questi principii sono parimente applicabili all'usufrutto dotale goduto dal marito assente. Non sarebbero quindi i presunti eredi di costui che potessero chiedere l'immissione in possesso temporaneo dei beni costituiti in dote dalla moglie; ma questa potrebbe invece agire contro i presunti eredi del marito assente, posti in possesso de' beni, per conseguire la restituzione della dote, a titolo d'immissione temporanea all'esercizio d'un diritto dipendente dalla condizione della morte dell'assente.

Coi diritti non ancora aperti al tempo da cui parte la presunzione di assenza non è da confondersi quello che già sin d'allora spettasse all'assente, e solo fosse subordinato ad una condizione sospensiva, la quale non si fosse ancora verificata al dì della istanza per l'immissione in possesso. Un tale diritto, sebbene condizionale, sarebbe sotto quella data condizione già acquisito a favore dell'assente, farebbe parte attiva del suo patrimonio, sarebbe stato trasmissibile da lui ad altri per qualsiasi titolo; poichè la condizione, una volta che sia adempiuta, ha effetto retroattivo al giorno in cui fu stipulato il diritto condizionale, e non ostante che lo stipulante sia morto prima dell'avveramento della condizione, le ragioni di lui passano ai suoi eredi (art. 1170, cod. civ.). Non è dubbio pertanto che simili diritti debbansi reputare formar parte integrante delle attività patrimoniali esistenti nel giorno da cui parte la presunzione di assenza, epperciò siano da comprendersi nella immissione in possesso temporaneo, che la legge ammette in favore dei presunti eredi dell'assente (1).

---

(1) V. Duranton, t. I, n. 446; Demolombe, t. II, n. 85; Laurent, t. II, n. 167.

Parimente, i presunti eredi, in virtù del diritto alla immissione in possesso temporaneo dei beni dell'assente, potrebbero esercitare le *azioni di riscatto* di determinati beni, che l'assente avesse venduti sotto patto di ricupera (art. 1515, cod. civ.); o le azioni di *rescissione*, di *nullità*, di *risoluzione* di un contratto stipulato dall'assente medesimo, e che non fossero prescritte o per qualunque altra causa estinte; riguardandosi allora come facienti ancora parte del patrimonio dell'assente i beni stessi formanti oggetti di tali azioni che a lui spettavano, secondo la massima: " *qui actionem habet ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur* „ (1).

Potrebbero ancora i presunti eredi, in virtù del diritto all'immissione in possesso temporaneo dei beni, che all'assente avessero appartenuto nella nuda proprietà, invocare a proprio favore, per gli effetti dello stesso temporaneo possesso, l'estinzione dell'usufrutto altrui per morte dell'usufruttuario, o per lo spirare del termine prefisso, quantunque ciò si fosse verificato solamente dopo che l'assenza era incominciata; non trattandosi infatti d'un rapporto giuridico dipendente *dalla sopravvivenza del proprietario al tempo della cessazione dell'usufrutto*, ma di un rapporto inerente allo stesso diritto di proprietà, che all'assente spettava distintamente dall'usufrutto appartenente ad altri.

Non è necessario che dei beni, dei quali gli eredi presuntivi chiedano l'immissione in possesso provvisorio, l'assente abbia già avuto il possesso di fatto, prima che cessasse di comparire nel luogo d'ultimo suo domicilio o d'ultima sua residenza, o prima che mancassero le notizie di lui. Così, una eredità apertasi in favore d'una persona, innanzi che si avverasse l'assenza presunta di lei, sarebbe pure da comprendersi nel possesso temporaneo a profitto dei presunti eredi dell'assente, sebbene quest'ultimo non avesse mai assunto il possesso reale dei beni di quella

---

(1) V. Duranton, t. I, n. 447; Laurent, t. II, n. 167.

eredità, od anche avesse perfino ignorato di avervi diritto. Ma un diritto dipendente da una disposizione testamentaria, a titolo universale o particolare, che fosse stata fatta a favore dell'assente sotto una condizione sospensiva, non potrebb'essere invocato dagli eredi in virtù del possesso temporaneo dei beni dell'assente medesimo, qualora la condizione apposta del testatore non si fosse verificata che dopo il tempo da cui datava la presunzione di assenza, quantunque la successione si fosse aperta prima di quel tempo. Infatti la disposizione testamentaria, così subordinata ad una condizione, non dà luogo ad un *diritto acquisito*, se non dal giorno in cui siasi verificata la condizione; fino al qual tempo costituisce una semplice *aspettativa*, dipendente dalla sopravvivenza dell'erede o del legatario al dì nel quale la condizione si avveri (art. 853, cod. civ.); cosicchè, accadendo tale avveramento durante l'assenza, quando perciò si è nella incertezza circa l'esistenza dell'assente, non sarebbe possibile reclamare in nome di lui quel diritto di eredità o di legato, fuorchè provando ch'egli esistesse ancora al momento della verificata condizione (art. 42, cod. civ.). Anche il semplice possesso, purchè sia *legittimo* (art. 686, cod. civ.), può costituire di per sè un diritto; sia in ordine alla *manutenzione* o *reintegrazione* che se ne può chiedere (art. 694, 695, cod. civ.), sia in ordine alla prescrizione acquisitiva, di cui è fondamento (art. 710, § ultimo, 2106, cod. civ.). Gl'immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente avranno dunque anche diritto a continuare nel possesso di cose altrui, cominciato e non perduto dall'assente stesso; salva, s'intende, l'azione in rivendicazione spettante al vero proprietario, al quale non sia opponibile la prescrizione (1).

I frutti, che fossero stati prodotti dai beni dell'assente nell'intervallo fra la scomparsa di lui, o le ultime sue notizie, e la immissione in possesso a favore dei presunti eredi,

---

(1) V. Duranton, t. I, n. 448; Demolombe, t. II, n. 85; Laurent, t. II, n. 167.

cadrebbero, come accessorii dei beni da cui derivano, nel possesso temporaneo a cui questi sono sottoposti. E per la stessa ragione, quando si trattasse dei frutti prodotti dai beni, sui quali spettasse ad altri qualche *diritto particolare dipendente dalla condizione della morte dell'assente*, anche quei frutti sarebbero soggetti all'esercizio temporaneo di tali diritti, ammesso dalla legge. Su quest'ultimo punto però, ed anche su qualche altro, furono sollevate questioni importanti.

A chi saranno veramente da attribuirsi i frutti prodotti, nell'intervallo tra il giorno da cui parte la presunzione di assenza e quello dell'immissione in possesso temporaneo, da determinati beni, sui quali competano a certe persone diritti particolari, ch'esse chiedano d'essere ammesse ad esercitare provvisoriamente? Trattasi, per esempio, di un legato disposto dall'assente, di una donazione da lui fatta ad altri con riserva di usufrutto, di una donazione fatta a lui con clausola di riversibilità? I frutti, percetti sui beni legati o donati durante l'intervallo predetto, spetteranno al legatario, al donatario, al donante, ovvero spetteranno agli eredi testamentari o legittimi, immessi in possesso della universalità dei beni dell'assente? Un illustre giureconsulto francese osservava: " potersi dire, in favore dei succes-
" sori universali, che questi frutti, separati dalla cosa che
" li ha prodotti, sono oramai entrati a far parte della
" massa dei beni, e ad accrescere l'universalità del patri-
" monio dell'assente; che quindi coloro, i quali hanno so-
" lamente diritti particolari su beni determinati, senz'alcun
" diritto ad una quota parte dell'universalità, non possono
" avere alcun titolo per accampare pretensioni su tali
" frutti; e che inoltre ai legatari specialmente può opporsi
" la disposizione finale dell'articolo 1014 del codice Fran-
" cese — corrispondente all'art. 864 del codice Italiano —
" secondo cui essi non hanno diritto ai frutti fuorchè dal
" giorno della domanda giudiziale ". Nondimeno l'autore stesso opinava che i frutti, accessoriamente alla cosa da

cui erano prodotti, dovessero appartenere a colui stesso, che avendo su quella cosa un diritto particolare di legato, donazione od altro, dipendente dalla condizione della morte dell'assente, domandava ed otteneva d'essere ammesso all'esercizio temporaneo di tale diritto (1). Crediamo invero prevalenti le ragioni che possono addursi in appoggio di questa massima. L'intendimento del legislatore, nel sistema da lui adottato, fu di attribuire il possesso della universalità dei beni lasciati dall'assente ai suoi eredi testamentari, od a coloro che ne sarebbero eredi legittimi in relazione al tempo della scomparsa o delle ultime notizie di lui, e di dare il possesso di determinati beni a coloro che sovr'essi abbiano diritti particolari dipendenti dalla condizione della morte dell'assente. È sempre al giorno da cui parte la presunzione di assenza, che bisogna avere riguardo per tutto ciò che concerne i diritti relativi all'immissione in possesso temporaneo. Ora se in quel giorno si fosse effettivamente verificata la morte dell'assente, i frutti dei beni lasciati da lui avrebbero appartenuto a ciascuno di coloro a cui si sarebbero devoluti i beni producenti que' frutti; avrebbero appartenuto quindi alla persona, a cui sovra determinati beni dell'assente spettassero diritti particolari dipendenti dalla morte di lui; ed avrebbero appartenuto agli eredi testamentari o legittimi per tutto il rimanente patrimonio. Quanto alla obbiezione, che i frutti una volta percetti debbano reputarsi caduti nella massa dei beni dell'assente, ed andati ad accrescere l'universalità del patrimonio di lui; essa non avrebbe alcun fondamento negli altri casi, tolto quello di legati disposti dall'assente. Coloro che per donazione o per altro titolo abbiano su determinati beni dell'assente diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui, potrebbero, qualora questa morte fosse accertata, e i diritti predetti si fossero quindi verificati, esercitarli non solamente rispetto ai beni stessi, ma eziandio rispetto

(1) Demolombe, t. II, n. 86; Laurent, t. II, n. 167, p. 222.

ai frutti ch'essi avessero prodotti (articolo 444, cod. civ.); possono dunque corrispondentemente essere pure ammessi tanto per gli uni che per gli altri all'esercizio temporaneo di tali loro ragioni nel caso di assenza dichiarata, nè può ammettersi che i frutti percetti anteriormente all'istanza vadano ad ingrossare la massa patrimoniale. Nel caso speciale dei legati, se veramente fosse provata l'apertura della successione del testatore, siccome i legatari hanno bisogno di chiedere il possesso della cosa legata agli eredi, nè possono pretendere i frutti se non dal giorno della domanda giudiziale (art. 863, 864, cod. civ.), è certo che i frutti percetti anteriormente all'istanza ricadrebbero nella massa ereditaria ed apparterrebbero agli eredi. Ma qui non si tratta di apertura neppure provvisoria di successione; e l'art. 26 del codice civile, concedendo ai legatari di poter chiedere l'ammissione all'esercizio temporaneo dei diritti dipendenti dai legati disposti in loro favore dall'assente, ha voluto bensì che propongano le loro istanze *in contraddittorio degli eredi*, ma non li ha obbligati a chiedere a questi il possesso delle cose legate, che invece domandano ed ottengono direttamente dall'autorità giudiziaria. D'altra parte, nel caso di vera apertura della successione, il possesso dei beni del defunto passa di diritto agli eredi, senza bisogno di materiale apprensione (art. 925, cod. civ.), ed è quindi ovvio che gli eredi stessi facciano propri i frutti dei beni ereditari, infino a che, rispetto a quelli formanti oggetto di legati, sia fatta dai legatari l'istanza per la consegna. Ma nel caso di assenza dichiarata del testatore, tanto gli eredi quanto i legatari non ottengono il possesso dei beni, che in seguito a pronunzia del tribunale sulle loro istanze, dopo trascorsi sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza dichiarante l'assenza. A qual titolo lucrerebbero dunque gli eredi i frutti de' beni su cui non essi, ma i legatari hanno diritto, e che neppur essi hanno posseduti nell'intervallo, in cui que' frutti furono prodotti, tra il cominciamento dell'assenza presunta e la domanda d'immis-

sione in possesso? Aggiungasi inoltre che sarebbe contrario ad ogni principio di giustizia il privare i legatari di quei frutti dei beni ad essi eventualmente appartenenti, di fronte all'impossibilità in cui si trovano di chiedere il possesso dei beni medesimi prima che siano trascorsi i sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza dichiarativa dell'assenza; mentre nel caso di vera apertura della successione, i legatari hanno da imputare a sè stessi l'indugio che pongano a domandare la consegna delle cose legate (1).

Un'altra questione consiste nello stabilire, se i frutti prodotti nello stesso intervallo sopra indicato dai beni dell'assente, non soggetti a particolari diritti altrui dipendenti dalla morte dell'assente medesimo, debbano accedere alla sostanza capitale del patrimonio, ed andare soggetti alle medesime norme di essa, ovvero se i presunti eredi, immessi nel possesso provvisionale, possano pretendere di far propri quei frutti in tutto od in parte, secondo le regole determinate negli articoli 30 e 31 del codice civile.

Gli autori francesi erano in generale concordi per la prima di queste opinioni. “ Non è — dicevano essi — che “ dal giorno della dichiarazione di assenza, che la legge “ attribuisce agli immessi in possesso il diritto ai frutti dei “ beni, i quali frutti sono come la mercede dell'ammini- “ strazione conferita a costoro; mentre, fino alla dichiara- “ zione i beni sono tutti amministrati in nome e nell'inte- “ resse del solo assente. Se pertanto questi ricomparisca, “ deve avere la totalità dei frutti predetti; se invece non “ ricomparisca, è da reputarsi morto sin dal giorno della “ scomparsa, e perciò i frutti debbono appartenere intiera- “ mente, come ogni altro bene dell'assente, alle diverse “ persone immesse in possesso „ (2).

Bisogna dire, per altro, che a questa massima offriva

---

(1) V. Demolombe, t. II, n. 86.

(2) V. Marcadé, art. 123, § IV, t. I, n. 370; Demolombe, t. II, n. 87; Laurent, t. II, n. 167, p. 221.

uno speciale appoggio la disposizione contenuta nell'articolo 126 del codice Francese; nel secondo paragrafo del quale articolo si stabiliva che, ottenuta dagli eredi presuntivi l'immissione in possesso provvisionale dei beni dell'assente, *si dovessero impiegare i proventi scaduti*. Da ciò era agevole argomentare — come appunto facevano i citati autori — che dunque i frutti percetti prima che l'immissione in possesso temporaneo fosse conceduta, quantunque dopo che la presunzione di assenza era incominciata " entravano effettivamente in mano degl'immessi in possesso " *come un capitale accessorio*, come una specie di dipendenza " dei beni il cui possesso era ad essi accordato; talchè essi " non potevano lucrare altro che gli interessi di questo " capitale nelle proporzioni determinate dalla legge ".

Un commentatore del codice Italiano ha combattuta questa teoria citando la contraria professata da altri autori francesi (1), ma fondandosi — così egli disse — sovra ragioni *sue proprie*. Prima tra le quali ragioni sarebbe questa " che le rendite arretrate formano *un capitale, che si* " *aggiunge al patrimonio*, ma quindi ricevendo un nuovo " essere e una nuova forma ". E venendo alla conclusione la formulava nei termini seguenti:

" Continuandosi a rispettare nell'assente il diritto del " proprietario, le rendite sono a lui devolute; e ove non " siano da lui raccolte, formano capitale. Ed è chiaro che " se i successibili non hanno potuto averne il possesso, ed " ora soltanto se ne concede ad essi la facoltà, contro ciò " che sarebbe avvenuto data la certezza della morte, non " possono rivendicare parzialmente i frutti e le rendite come " tali, rivendicazione che suppone mai sempre la facoltà " e il diritto del possesso " (2).

Confessiamo che non ci è riuscito di scorgere in questa argomentazione la chiarezza che ha creduto di porvi l'esimio autore. Egli dimostra che i frutti percetti sui beni

---

(1) V. Demante e Colmet de Santerre, art. I, n. 152 bis, VII, 181 bis.
(2) V. Borsari, *Comm.*, art. 26-27, vol. I, § 149, p. 220.

dell'assente, nell'intervallo tra la presunzione di assenza e l'immissione in possesso a favore dei presunti eredi, formano *un capitale*, che appartiene all'assente medesimo. Ma è ciò appunto che sostenevasi nella teoria negata da lui; doversi quei frutti considerare come *un capitale*, formante parte accessoria del patrimonio dell'assente, suscettibile quindi d'essere compreso nel possesso temporaneo, al quale i presunti eredi hanno diritto; in modo però che essi non possano pretendere che a far propri gl'interessi del capitale medesimo nelle proporzioni determinate dalla legge, salva la restituzione del capitale all'assente od a chi lo rappresenti, in caso ch'egli ritorni o sia provata la sua esistenza. Se non che al *Borsari* non sembra facilmente accettabile l'idea di un *capitale accessorio;* ed osserva che i presunti eredi non avendo potuto conseguire il possesso dei beni prima della dichiarazione di assenza, non possono nemmeno rivendicare i frutti e le rendite che solo in virtù di tale possesso avrebbero lucrato. Ma se queste rendite sono trasformate in un capitale, non si tratta dunque più di *rivendicare le rendite*, bensì soltanto di domandare l'immissione in possesso del capitale, come di qualunque altra sostanza patrimoniale che appartenga all'assente, per amministrarlo e goderne in tutto o in parte, secondo i casi, gl'interessi; ed è precisamente questo che gli autori francesi sostenevano doversi ammettere. Forsechè, secondo l'opinione del *Borsari*, la somma risultante dal cumulo dei frutti percetti sui beni dell'assente, prima che si facesse luogo alla immissione in possesso temporaneo dei beni medesimi, non dovrebbe essere compresa in questo possesso, e rimarrebbe a parte come sostanza dell'assente da non darsi in possesso altrui? Ma ciò sarebbe manifestamente contrario all'intenzione del legislatore, che di qualunque sostanza appartenente al patrimonio dell'assente volle che fossero immessi in possesso temporaneo gli eredi di lui testamentari o legittimi; e diciamo di più, sarebbe persino assurdo, poichè cessando coll'immissione dei pre-

sunti eredi in possesso temporaneo ogni anteriore amministrazione dei beni dell'assente, sia quella del procuratore ch' egli abbia lasciato, sia quella delle persone che il tribunale abbia nominate all' uopo durante l' assenza presunta, non si saprebbe più da chi dovesse quel capitale, formato dal cumulo dei frutti anteriormente percetti, essere posseduto ed amministrato in nome e per interesse dell'assente medesimo.

Per tali considerazioni ci era sembrata preferibile l'opinione degli autori francesi, che adottammo nella precedente edizione. Se non che, ulteriori riflessioni sopra alcune disposizioni del codice Italiano ci convinsero poi che il nostro legislatore abbia voluto abbandonare quella teoria; ma d'altra parte, ben lungi dal dar motivo ai commenti che sopra riferimmo, e nei quali ci parve di trovare qualche oscurità ed incoerenza, abbia invece nettamente stabilita la massima che gli eredi testamentari o legittimi, allorchè sono immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, abbiano diritto a conseguire anche le rendite percette su questi beni cominciando dal giorno da cui parte la presunzione di assenza, ed appropriarsele nello stesso modo di quelle che verranno percette da loro stessi durante il possesso provvisionale; salvo solo l'obbligo di riservarne a pro dell'assente una parte, secondo i casi e pel tempo determinati nell'art. 31.

È notevole, innanzi tutto, che quella disposizione del codice Francese, sulla quale principalmente gli autori fondavano la massima che le rendite percette durante la presunzione di assenza dovessero essere ricevute dagli immessi in possesso provvisorio come *capitale*, non come frutti, non è più ricomparsa nel codice Italiano. Nell'ultimo paragrafo dell'art. 29 fu bensì riprodotto quasi testualmente il paragrafo secondo dell'art. 126 Francese, ma vi fu soppressa l'ultima frase, in cui dicevasi doversi dagli immessi in possesso fare impiego, non solo del prezzo dei mobili che siano venduti, ma eziandio dei *proventi scaduti*. Con

ciò fu tolto di mezzo l'argomento che formava base alla dottrina professata dagli autori francesi; ed è naturale il pensare che così siasi fatto precisamente perchè si volesse ripudiare quella dottrina. Che tale sia stata veramente la intenzione del legislatore italiano, lo dimostra poi con piena evidenza la disposizione testuale del seguente articolo 31, ov'è detto che " se gl'immessi nel possesso siano parenti " entro il sesto grado, debbono riservare il quinto delle " rendite *nei primi dieci anni dal giorno dell'assenza*, e di " seguito sino ai 30 anni il decimo „. Il decennio od il trentennio si computa dunque *dal giorno dell'assenza*, cioè dal giorno in cui essa è cominciata come semplicemente *presunta;* e sono indistintamente le rendite prodotte dai beni dell'assente durante il corso di quei dieci o trent'anni, che vengono fatte proprie dagl'immessi in possesso temporaneo, parenti entro il sesto grado, colla sola limitazione di doverne *riservare all'assente* una quinta parte pel primo decennio, una decima parte pel successivo ventennio. Altrettanto è da ripetersi, a norma del paragrafo secondo del medesimo articolo 31, in riguardo agli immessi in possesso che siano *parenti in grado più remoto, od estranei*, salvo la differenza della maggiore entità della quota di rendite da riservarsi a pro dell'assente nel primo decennio, e nel ventennio successivo, rispettivamente.

Così dunque il legislatore italiano è venuto a risolvere la questione con una disposizione espressa; statuendo che gli immessi in possesso temporaneo abbiano diritto, non solo a percepire le rendite che i beni dell'assente produrranno dopo tale immissione, ma eziandio a ricevere quelle che siano state percette anteriormente *cominciando dal primo giorno dell'assenza presunta;* e le une e le altre facciano proprie, col solo obbligo di riservarne, ed eventualmente restituirne in alcuni casi all'assente, una quota parte diversa secondo il grado della parentela loro, e secondo il tempo pel quale l'assenza abbia durato, partendo dal giorno in cui cominciò ad essere presunta.

La stessa massima deve pure applicarsi, per necessità logica, ai casi contemplati nel precedente articolo 30 e nell'ultimo paragrafo dello stesso articolo 31, nei quali agli immessi in possesso temporaneo è attribuito il diritto alla *totalità delle rendite;* diritto che perciò è da estendersi anche alle rendite percette nell'intervallo tra il cominciamento della presunzione di assenza e la immissione in possesso temporaneo dei beni.

Dopo ciò, ed a fronte d'un testo positivo, nessun valore potrebbero avere le osservazioni fatte in contrario dal *Borsari*, quando pure astrattamente fossero da reputarsi fondate. Ma crediamo inoltre che anche sotto l'aspetto puramente teorico la predetta disposizione del codice Italiano sia pienamente giustificabile.

Certo è che colla pura e semplice applicazione dei principii comuni di diritto, e qualora l'attribuzione delle rendite agli immessi in possesso fosse da riguardarsi unicamente come un effetto del possesso medesimo, apparirebbe inammissibile che anche le rendite percette prima, durante la presunzione d'assenza, cadessero nel diritto di appropriazione dei possessori.

Ma non bisogna dimenticare che questa istituzione della immissione in possesso ha caratteri speciali, che non permettono l'applicazione precisa e costante di determinati principii generali, ma richiedono temperamenti corrispondenti all'incertezza, che domina sempre in questa materia, intorno alle presunzioni di vita o di morte dell'assente. Lo ha detto lo stesso *Borsari:* “ Un istituto anomalo, straor-“ dinario, eccezionale non può sempre giudicarsi colle “ norme comuni e colla logica ordinaria; desumendo dalla “ sua propria natura altri criteri „.

Nè l'attribuzione di tutte o di parte delle rendite dei beni dell'assente, a favore degl'immessi nel possesso temporaneo di essi, dipende dalla regola generale dell'art. 703, secondo il quale “ il possessore di buona fede fa suoi i frutti „; nè dipende pure da una specie di retribuzione che siasi vo-

luto concedere a loro per le cure dell'amministrazione che esercitano di quei beni. A rimuovere quest' ultima idea — dalla quale gli autori francesi desumevano un ulteriore argomento, osservando che dunque dovessero spettare ai possessori le sole rendite percette durante questa loro amministrazione, non quelle che i beni dell'assente avessero prodotte precedentemente — basta il riflettere che le rendite sono attribuite ai possessori in totalità, se sono gli ascendenti, o i discendenti, od il coniuge; in quattro quinti o nove decimi, secondo il tempo di durata dell'assenza, se sono parenti collaterali entro il sesto grado; in due terzi o cinque sesti, se sono parenti in grado più remoto, od estranei. Così la parte di rendita assegnata ai possessori è maggiore per coloro che abbiano coll'assente vincoli di famiglia più stretti; mentre dovrebb'essere l'opposto, se quelle rendite fossero date a compenso dell'opera di amministratori, essendo ovvio che meritasse una maggiore retribuzione chi si prestasse senza avere vincoli di sangue coll'assente, od essendo legato a lui di parentela in grado più lontano. Ma il concetto su cui si è fondato il legislatore italiano è ben diverso. Egli ha conceduta agli eredi testamentari o legittimi dell'assente dichiarato la facoltà di chiedere l'immissione in possesso temporaneo dei di lui beni, cogli effetti speciali dei diritti di amministrarli, di ritenerne a loro profitto in tutto od in parte le rendite, e di promuovere in giudizio ogni ragione che possa spettare all'assente medesimo, in considerazione della probabilità ormai tanto accresciuta che costui non sia più in vita; ond'è conveniente, sotto ogni aspetto d'interesse sì pubblico che privato, il dare ordinamento più completo e più stabile al governo dei beni che l'assente ha lasciati, concedendoli in possesso, godimento ed amministrazione a coloro che secondo le maggiori probabilità sono già attualmente i veri proprietari dei beni medesimi. Nulla quindi di irrazionale nè d'incongruo vi è in ciò, che data questa condizione di cose, si conceda pure agli stessi eredi il diritto

di reclamare, e ritenere poi a proprio profitto in tutto od in parte anche le rendite che dai beni dell'assente siano state percette da chi li amministrò, cominciando dal giorno da cui parte la presunzione di assenza; mentre da tal giorno ha avuto principio l'incertezza dell'esistenza dell'assente, ed a quel tempo soltanto può riferirsi la probabilità della morte di lui, che gli anni decorsi e le circostanze verificatesi posteriormente hanno resa tanto maggiore. È anzi naturale che anche quelle rendite, sebbene percette da altri anteriormente alla immissione degli eredi in possesso, siano date a questi con diritto di approfittarne; poichè supposto il caso, divenuto oramai più verosimile, che l'assente sia morto nel tempo a cui risale la presunzione di assenza, sono essi fin da quel tempo i veri proprietari dei beni che l'assente ha lasciati, e conseguentemente ne spettano pure a loro per diritto di accessione le rendite.

Un'avvertenza ci resta però ancora a fare su quest'argomento. Può darsi che oltre alle rendite percette durante la presunzione di assenza dal procuratore dell'assente, o da un amministratore nominatogli dal tribunale, ve ne siano altre percette dall'assente medesimo prima della sua scomparsa, od anteriormente alle ultime notizie di lui dal suo procuratore. Queste però non possono, com'è manifesto, comprendersi nella disposizione dell'art. 31, che parla di rendite percette *dal giorno dell'assenza;* e vanno necessariamente a confondersi nella universalità dei beni lasciati dall'assente. Al pari d'ogni altra parte del patrimonio di lui, esse formeranno quindi oggetto della immissione in possesso come sostanze capitali, ed i possessori lucreranno gl'interessi che possano ritrarre dall'impiego di tali rendite, coll'obbligo di restituire intieramente la somma capitale che le rappresenta, ed una parte anche degl'interessi, secondo i casi, qualora l'assente ritorni o ne sia provata l'esistenza.

172. — Tra le disposizioni del codice civile riguardanti la immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'as-

sente, non ve n'è alcuna che determini la competenza del tribunale davanti cui la relativa istanza debba essere proposta, nè le forme che siano da seguirsi nel procedimento. A ciò provvede il codice di procedura civile negli articoli 793, 794.

In ordine alla competenza, non è dubbio ch'essa appartiene al tribunale dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza dell'assente. Così è disposto nell'art. 21 del codice civile per riguardo ai provvedimenti che s'invochino pel presunto assente; ed a quell'articolo si riferiscono poi gli altri sopra citati del codice di procedura civile, per ciò che concerne le domande tanto per la dichiarazione di assenza, quanto per la immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, e per ammissione di cauzione.

E veramente, se pei motivi altra volta dimostrati si dovè ritenere competente il tribunale civile dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza dell'assente per pronunciare sulla istanza di dichiarazione d'assenza (1) era coerente che la medesima norma di competenza dovesse pure essere adottata per la successiva domanda d'immissione in possesso, venendo questa in conseguenza ed in esecuzione della pronunzia di dichiarazione dell'assenza.

Quanto alle forme del procedimento, esse sono, giusta il ricordato articolo 794 del codice di procedura civile, quelle stesse che già vedemmo doversi osservare per la dichiarazione di assenza (2).

Anche qui bisogna distinguere il caso che l'istanza sia proposta dagli *eredi legittimi;* e l'altro in cui siano gli *eredi testamentari*, che domandino l'immissione in possesso, ovvero siano i *legatari*, i *donatari*, ed altri aventi sui beni dell'assente diritti particolari dipendenti dalla condizione della morte di lui, che chiedano d'essere ammessi all'esercizio temporaneo di tali diritti.

---

(1) V. sopra, n. 159, p. 591.
(2) V. sopra, n. 160, p. 592.

Nella prima ipotesi, non dovendo gli eredi legittimi agire in contraddittorio di alcuno, si seguono le forme comuni per tutte le materie da trattarsi senza contradditore; cioè si presenta nella cancelleria del tribunale il ricorso coi documenti relativi, e il tribunale provvede in camera di consiglio, a norma degli articoli 778 al 781 del codice di procedura civile.

Nell'altra ipotesi invece, dovendo gli eredi testamentari, i legatari, donatari, od altri, procedere in contradditorio degli eredi legittimi, si seguono le forme stabilite pei giudizi sommari (detto art. 794, proc. civ.).

Dalle disposizioni contenute nell'art. 26 del codice civile appare con evidenza che la dichiarazione di assenza già pronunciata basta da sè a produrre in favore degli eredi e degli altri ivi indicati, dopo che siano trascorsi sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza, il diritto ad ottenere la immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente; nè dice la legge che debbano essere assunte nuove informazioni, quantunque nell'intervallo del tempo trascorso dopo quelle prescritte dall'art. 23 possano essere sopraggiunte notizie che tolgano l'incertezza intorno all'esistenza dell'assente. È quindi certo che nuove informazioni non sono necessarie per l'esaudimento della istanza d'immissione in possesso; quand'anche essa fosse proposta, come può avvenire, dopo trascorso un tempo assai più lungo di quello indispensabilmente prescritto, dei sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza dichiarante l'assenza. Ed anzi in condizioni comuni dovrebbe il tribunale astenersi dall'ordinare tali mezzi ulteriori d'istruzione, per non cagionare agl'interessati ritardi e spese, che la legge non ha loro imposti. Per altro non sembra da escludersi assolutamente che il tribunale potesse anche ordinare nuove informazioni, qualora circostanze particolari sopraggiunte facessero sospettare che fosse cessata quella incertezza intorno all'esistenza dell'assente, che si aveva al tempo in cui l'assenza fu dichiarata; e specialmente quando, l'istanza essendo proposta

in contradditorio degli eredi legittimi, questi la contestassero allegando che si fossero avute notizie dell'assente. È vero che trascorso il tempo prefisso dall'art. 26, gli eredi testamentari, o in loro mancanza i legittimi, i legatari ed altri hanno diritto ad ottenere la immissione in possesso. Ma questo diritto è sempre necessariamente subordinato alla condizione che continui tuttora quella incertezza sulla esistenza della persona scomparsa dal proprio domicilio o dalla propria residenza, su cui si fonda tutto il sistema regolatore dell'assenza. E se, anche durante il possesso temporaneo, avvenendo che sia provata l'esistenza di colui che era stato dichiarato assente, cessano gli effetti di tale dichiarazione (art. 33, cod. civ.), non è da porre in dubbio che simili effetti non potrebbero incominciare allorchè prima dell'immissione in possesso si riuscisse ad accertare l'esistenza di chi era stato dichiarato assente. Non deve dunque essere preclusa assolutamente la via d'una istruttoria, che potrebbe condurre a tale accertamento; ed alla prudenza del tribunale spetta il giudicare, con un savio apprezzamento delle circostanze, se sia veramente il caso di far assumere nuove informazioni, per chiarire uno stato di cose che si alleghi o si sospetti essere sopravvenuto a mutare quello che aveva dato luogo alla dichiarazione d'assenza.

173. — Quali debbano essere gli effetti della immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, si desume dai principii che abbiamo esposti in più luoghi, e che riassumemmo nel primo numero di questo paragrafo.

Essi non sono, nè possono essere in questo periodo di provvedimento temporaneo, operativi di trasmissione della proprietà dei beni a favore di chi li possiede. Tutto si limita appunto alla concessione d'un semplice *diritto di possesso*, con particolari attributi, che la legge determina, e che costituiscono un istituto affatto speciale.

I *presunti eredi*, testamentari o legittimi, col possesso temporaneo nel quale sono immessi, esercitano *provviso-*

riamente sul patrimonio dell'assente quelle stesse ragioni che sarebbero aperte definitivamente in loro favore se la morte dell'assente medesimo fosse accertata. Coloro che per legato, per donazione o per altro titolo, abbiano su determinati beni dell'assente diritti particolari dipendenti dalla condizione della morte di lui, esercitano su tali beni quegli stessi diritti, come se fosse provato l'avveramento della condizione predetta; ed a questo titolo ottengono il possesso dei beni che dei diritti medesimi formano oggetto.

Però tra l'un caso e l'altro vi è una differenza notevolissima. Quanto agli eredi, siccome, accertata che fosse la morte dell'assente, essi ne rappresenterebbero e continuerebbero giuridicamente la persona, in virtù del diritto successorio, e passerebbe in loro di pien diritto e senza bisogno di materiale apprensione il possesso dei beni (art. 925, codice civile); così in questo periodo d'incertezza sulla esistenza dell'assente essi assumono temporaneamente la rappresentanza di lui, in virtù del mandato che loro conferisce la legge, ed il possesso del patrimonio; ma tutto ciò, non di pieno diritto, sibbene in forza di apposita immissione ordinata dal tribunale. Invece quando si tratta soltanto di *diritti particolari*, i quali vengono temporaneamente esercitati, non è possibile a chi li invoca di *rappresentare l'assente in modo generale ed assoluto*, per tutti i diritti e per tutte le obbligazioni di lui, ma solo può rappresentarlo in quanto gli subentra nell'esercizio temporaneo di quei diritti determinati, e limitatamente alle cose particolari che ne formano oggetto.

In nessun caso il possesso e l'amministrazione dei beni, e la rappresentanza della persona dell'assente, si esercitano dagl'immessi in tale possesso pel solo interesse di lui; chè anzi è principalmente e direttamente pel loro proprio interesse che la legge li ammette all'esercizio di tali facoltà (1). La stessa rappresentanza della persona dell'assente, e l'am-

(1) V. sopra, n. 163, p. 614-615.

ministrazione dei suoi beni, sono bensì esercitate dagl'immessi in possesso in virtù di un mandato, che loro ne conferisce la legge; ma in questo mandato sono essi medesimi interessati in modo principale e diretto. Il possesso temporaneo, che è loro attribuito, è bensì precario ed esercitato pei rispetti della proprietà in nome dell'assente, *pel caso ch'egli ritorni;* ma questo possesso medesimo essi tengono anche *in nome proprio* in rapporto alla conservazione delle loro ragioni, e come esercizio anticipato e provvisionale dei diritti che loro appartengono *nel caso che l'assente non ritorni, nè sia provata la sua esistenza, od al contrario ne venga accertata la morte.*

Dalle disposizioni degli articoli 28 e 35 del codice civile risultano gli effetti generali, di cui parliamo, della immissione in possesso temporaneo, che sono i seguenti:

1° *la rappresentanza dell'assente*, conferita dalla legge agli immessi in possesso, sicchè ad essi soli spetta di promuoverne in giudizio le ragioni (art. 28) ed è contro di loro che devono essere proposte le azioni tutte, che altri abbiano ad esercitare contro l'assente (art. 35);

2° *l'amministrazione dei beni* dell'assente medesimo (art. 28 e 29, § 2°);

3° *il godimento delle rendite* dei beni, entro certi limiti stabiliti dalla legge (art. 28, 30, 31).

Di ciascuno di questi effetti della immissione in possesso tratteremo separatamente, premettendo l'esposizione relativa ad alcune condizioni preliminari, il cui adempimento è imposto dalla legge a coloro che domandano l'immissione ora detta, a scopo di cautela nell'interesse dell'assente, e per assicurargli la conservazione delle sue sostanze patrimoniali pel caso ch'egli ritorni.

A

Delle garanzie e cautele conservatorie imposte dalla legge agli immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente.

Sommario. — 174. Quali siano le garanzie e misure conservatorie imposte dalla legge a coloro che sono immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente. — 175. Regole concernenti la cauzione. — 176. Provvedimenti nei casi d'impotenza degli obbligati a prestare la cauzione richiesta. — 177. Regole riguardanti la formazione dell'inventario. — 178. Regole relative alla vendita dei beni mobili dell'assente. — 179. Da chi debbano essere sopportate le spese cagionate dall'adempimento delle cautele conservatorie ordinate dalla legge nell'interesse dell'assente.

174. — L'indole puramente temporanea, tanto del possesso che viene conceduto ai presunti eredi, quanto dell'esercizio, a cui altri vengono ammessi, di diritti particolari dipendenti dalla morte dell'assente; l'obbligo della restituzione dei beni qualora egli ritorni o ne sia provata l'esistenza; l'eventualità che durante il possesso provvisorio si presentino altri i quali provino di avere avuto, al tempo da cui parte la presunzione di assenza, diritti prevalenti od uguali a quelli dei possessori (art. 32, cod. civ.), o si venga a provare il vero tempo della morte dell'assente, e l'eredità di lui sia quindi rivendicata da coloro che a quel tempo fossero suoi eredi, o dai loro successori (art. 34, cod. civ.); tutto ciò consigliava a prescrivere misure conservatorie e di guarentìa per accertare la precisa consistenza dei beni che del possesso temporaneo formano oggetto, e per assicurare la loro conservazione e la eventuale restituzione nell'interesse dell'assente medesimo o degli altri che potessero avervi diritto. Tale è lo scopo delle cautele stabilite negli articoli 26 § 4° e 29 §§ 1° e 3° del codice civile.

Determinare, mediante la formazione di regolare inventario, quale sia la composizione del patrimonio lasciato dall'assente; sottoporre coloro che chiedono il possesso dei

beni, o l'esercizio temporaneo di diritti particolari, all'obbligo di prestare una proporzionata cauzione; far ordinare giudizialmente, se le circostanze lo consigliano, la vendita totale o parziale dei mobili, affinchè il deperimento naturale di essi non porti diminuzione al valore dell'attivo patrimoniale; sono questi i provvedimenti adottati dalla legge, di ciascuno dei quali terremo ora discorso.

175. — Per espressa disposizione del quarto paragrafo dell'art. 26, nè gli eredi, nè i legatari, donatari ed altri possono essere ammessi “ al possesso dei beni od all'esercizio dei loro diritti eventuali, *se non mediante cauzione nella somma che sarà determinata dal tribunale* „.

È questa pertanto una condizione indispensabile, senza il cui precedente adempimento non potrebbe il tribunale ordinare in favore dei richiedenti l'immissione in possesso temporaneo dei beni dell'assente. Da ciò per altro potrebbe apparire una contraddizione con quanto è disposto nel successivo art. 29, ov'è stabilito che “ coloro *che hanno ottenuta* l'immissione nel possesso temporaneo, devono far procedere all'inventario dei beni mobili e alla descrizione degl'immobili dell'assente „.

L'inventario — così potrebbesi pensare — è la base necessaria per istabilire il valore del patrimonio lasciato dall'assente, e quindi l'ammontare della cauzione che è d'uopo richiedere da coloro che domandano l'immissione in possesso, acciocchè sia sufficientemente guarentito l'interesse eventuale dell'assente o degli aventi causa da lui. Ora, com'è ammissibile che la cauzione debba essere determinata e prestata innanzi la immissione in possesso, e tuttavia solamente dopo che questa abbia avuto luogo si proceda alla formazione dell'inventario? Per questa considerazione appunto, ed anche per argomento di analogia dell'art. 496, cod. civ., ov'è dichiarato che l'usufruttuario non può conseguire il possesso delle cose formanti oggetto del suo diritto, se non *dopo aver fatto l'inventario dei mobili o la descri-*

zione dello stato degl'immobili soggetti all'usufrutto, opinammo nella precedente edizione " doversi distinguere *la dichiara-* " *zione giudiziale del diritto alla immissione in possesso, dal-* " *l'atto di assumere effettivamente questo possesso* ", la dichiarazione del diritto dover essere subordinata alla condizione di prestare cauzione nella somma che sarà poi determinata dal tribunale, e in seguito a ciò procedersi alla formazione dell'inventario, ma *l'esercizio effettivo del possesso* non potere incominciare se non dopo adempite ambedue le obbligazioni dell'inventario e della cauzione.

Se non che, riflettendo meglio, dubitiamo di avere con codesta interpretazione forzato troppo il senso letterale delle citate disposizioni; le quali stabiliscono testualmente e chiaramente che la cauzione debba precedere l'immissione in possesso, e l'inventario debba seguirla, nè contengono parola che offra appoggio alla distinzione tra *dichiarazione del diritto alla immissione in possesso*, ed attribuzione definitiva di essa. Una distinzione simile è stabilita in riguardo alla dichiarazione di assenza; essendo detto nell'art. 23 che il tribunale pronunzia prima *sull'ammissibilità della domanda*, ordinando in tal caso che siano assunte informazioni, e nell'art. 24, che assunte le informazioni, e trascorsi almeno sei mesi dalla seconda pubblicazione del provvedimento, il tribunale *pronunzia sulla domanda di dichiarazione dell'assenza.* Ma quando, trascorsi altri sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza dichiarativa dell'assenza, gli eredi o i legatari, od altri aventi diritto domandano l'immissione nel possesso temporaneo dei beni, l'art. 26 ci dice semplicemente che i richiedenti *si ammettono al possesso dei beni od all'esercizio dei loro diritti eventuali, mediante cauzione nella somma che sarà determinata dal tribunale.* Non si fa luogo dunque, secondo il testo della legge, a due distinte pronunzie, l'una per la semplice dichiarazione di ammissibilità della domanda, l'altra per la definitiva immissione in possesso; ma ad una sola pronunzia, colla quale, ammettendosi la

cauzione nella somma preventivamente determinata dal tribunale, si ordina l'immissione in possesso. Dopo ciò, *coloro che hanno ottenuta questa immissione* devono, secondo l'art. 29, far procedere all'inventario. Veramente dispone in modo diverso la legge pel caso dell'usufruttuario, il quale, secondo l'art. 496, cod. civ., *non può conseguire il possesso* delle cose formanti oggetto del suo diritto, *se non dopo aver fatto l'inventario dei mobili e la descrizione dello stato degli immobili.* Ma la posizione è in realtà differente tra l'un caso e l'altro. L'usufruttuario sta a fronte del proprietario, al quale chiede la consegna dei beni soggetti all'usufrutto; e la legge dichiara non tenuto il proprietario a dargliene il possesso prima che sia fatto l'inventario, acciocchè si abbia la base per la determinazione dei diritti del proprietario stesso e degli obblighi dell'usufruttuario, al tempo in cui si estinguerà l'usufrutto, sia per la restituzione dei beni, sia per la responsabilità di perimenti o deteriorazioni. Coloro invece, che domandano l'immissione temporanea in possesso, non contendono di esso contro chi ne sia investito, non agiscono contro il procuratore dell'assente o contro chi sia stato destinato dal tribunale ad amministrare i beni durante l'assenza presunta; ed anche quando debbono procedere in contradditorio, si trovano a fronte dei soli eredi legittimi dell'assente, i quali parimenti non hanno il possesso dei beni. Vero è che vi sono i diritti dell'assente da assicurare, pel caso ch'egli esista ancora; ma a ciò provvede la cauzione, che dev'essere prestata prima dell'ammissione al possesso dei beni, e in presenza di tale guarentìa si è potuto concedere che questo venga tosto assunto, salvo l'obbligo di compilare dopo l'inventario per determinare a quali oggetti si estenda quella responsabilità personale dei possessori che mediante la cauzione è stata assicurata. Ad ogni modo, e quand'anche teoricamente fosse da reputarsi più opportuno che l'immissione in possesso non potesse attuarsi se non dopo la compilazione dell'inventario fatta in presenza del procu-

ratore, qualora l'assente l'avesse lasciato, od altrimenti d'una persona che il tribunale avesse destinata a rappresentare l'assente stesso, è certo però che a questa idea non corrispondono le disposizioni della legge, e segnatamente quella dell'art. 29, dov'è detto chiaramente che all'inventario procedono gli eredi presunti *dopo avere ottenuta l'immissione nel possesso temporaneo*. Sembra dunque più sicuro l'attenersi al testo come fu formulato dal legislatore. Resta la difficoltà di determinare l'ammontare della cauzione prima che mediante regolare inventario sia stata accertata la precisa consistenza del patrimonio. Ma l'art. 26, che deferisce al tribunale la determinazione della somma, per la quale la cauzione debba prestarsi prima che sia pronunciata l'immissione in possesso, dopo la quale soltanto avrà luogo la compilazione dell'inventario, rimette implicitamente al prudente criterio del tribunale stesso l'adottare quei mezzi ed assumere quelle informazioni che reputi del caso, per formarsi un criterio sufficiente intorno all'ammontare della guarentìa che convenga richiedere.

L'obbligo di prestare cauzione è ingiunto generalmente a tutti coloro che domandino la immissione in possesso, o siano poi gli eredi testamentari o legittimi dell'assente, o sieno legatari, donatari, od altri che avendo su determinati beni diritti particolari dipendenti dalla condizione della morte dell'assente medesimo, chiedano d'essere ammessi all'esercizio temporaneo di tali diritti. E poichè l'art. 26 § 4° non reca a questo proposito veruna distinzione, non sarebbe lecito fare eccezione a vantaggio di qualsiasi persona, fosse pure un figlio o discendente, un genitore od altro ascendente, od il coniuge dell'assente. Può parere grave l'esigere la cauzione anche da costoro, e sopratutto dai figli, ancorchè minorenni, e dal coniuge; i quali vivendo anteriormente a carico dell'assente partecipavano già indirettamente al possesso delle sostanze di lui, e possono facilmente trovarsi nella impossibilità di dare tale cauzione. Ma lo scopo è di guarentire i diritti dell'assente

pel caso ch'egli sia tuttora in vita; nè l'essere chiesto il possesso dei beni dai figli o dal coniuge, piuttostochè da altri, è una ragione per lasciare in loro balìa il patrimonio dell'assente, senza una sicurtà congrua che lo protegga contro gli effetti d'una mala amministrazione. Pel caso poi che costoro manchino dei mezzi per poter dare cauzione, provvede la legge con una speciale disposizione, di cui parleremo nel numero seguente. La dottrina è infatti concorde nel ritenere che nessuno dei chiedenti la immissione in possesso possa esimersi dall'obbligo della cauzione, neppure i figli dell'assente (1).

Essendo coloro, che domandano l'immissione in possesso dei beni dell'assente, obbligati per disposizione di legge a dare una sicurtà, il fideiussore che venga offerto deve soddisfare alle condizioni stabilite negli articoli 1904 e 1905 (art. 1921, cod. civ.). Si può per altro dare in vece un pegno, una ipoteca od altra cautela, che sia riconosciuta sufficiente (art. 1922, cod. civ., 795, cod. proc. civ.); od anche depositare nella cancelleria del tribunale denaro o rendite sul debito pubblico dello Stato, *al portatore*, al valore nominale (art. 330, cod. proc. civ.).

Nel proporre, nell'ammettere e nel prestare la cauzione si procede a norma degli articoli 329 al 331, combinati cogli altri 794 e 795 del codice di procedura civile.

176. — Il codice Napoleone non prevedeva affatto il caso che gli eredi presuntivi non potessero prestare cauzione idonea per l'immissione in possesso provvisionale dei beni dell'assente, ch'essi domandassero. I commentatori proponevano quindi la questione di quello che dovesse avvenire, in tale ipotesi, della sentenza d'immissione in possesso; e un celebre giureconsulto, la cui opinione fu

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 120, § 6; Demolombe, t. II, n. 91; Zachariae, t. I, § 152, nª 5; Aubry e Rau, t. I, § 152, nª 7; Laurent, t. II, n. 170, p. 224.

poi seguìta anche da altri, rispondeva doversi dal silenzio della legge trarre una conclusione molto semplice: " cioè, " che in difetto di cauzione, la sentenza rimane senza ef- " fetto, e le cose si mantengono, per ciò che riguarda la " amministrazione dei beni dell' assente, nel medesimo " stato in cui erano prima della dichiarazione d'assenza „ vale a dire che quei beni continuano ad essere amministrati come durante la presunzione di assenza (1).

Questa conclusione, però, parve ad altri autori estremamente ingiusta. " L'immissione in possesso — così osser- " vavano — è conceduta principalmente nell'interesse " degli eredi presuntivi che la domandano. Or come po- " trebbersi privare di tale beneficio coloro che non hanno " potuto trovare cauzione, i quali perciò più d'ogni altro, " probabilmente, abbisognerebbero del soccorso che loro " apporterebbe quella immissione in possesso? Tanto più " ingiusto ciò sarebbe in riguardo a coloro i cui diritti, " benchè subordinati alla morte dell'assente, sono però " indipendenti dal fatto di lui, come quelli del chiamato " ad una sostituzione di cui l'assente era gravato, di chi " abbia la nuda proprietà d'un bene usufruito da lui. Co- " storo infatti reclamano veramente il possesso d'una cosa " che loro appartiene „.

D'altra parte — soggiungevano — " ciò che la legge esige, " come veramente indispensabile, si è che il patrimonio " dell'assente sia guarentito. Il mezzo ordinario per con- " seguire tale scopo consiste nella cauzione; come pure in " mancanza di un fideiussore si accetta un pegno od una " ipoteca. E perchè dunque, in mancanza ancora di ciò, " non si potrebbe ricorrere per analogia ad altre disposi- " zioni? „ E l'analogia trovavano nelle disposizioni degli articoli 602 e 603 del codice Napoleone — a cui corrispondono gli articoli 498 e 499 del codice Italiano —

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 120, § 5; Plasman, *Code et traité des absents*, t. I, p. 194-196; Laurent, t. II, n. 171, p. 225, 226.

riguardanti i modi di supplire alla cauzione che l'usufruttuario non possa prestare (1).

Non si può disconoscere che quest'ultima opinione fosse più conforme all'equità, e più approvabile in diritto costituendo; ma non si può negare nemmeno che ad accoglierla in diritto costituito opponeva un grave ostacolo il testo della legge, che come condizione indispensabile per dar luogo alla immissione in possesso provvisionale dei beni dell'assente esigeva sempre, senza distinzione di casi, la prestazione della cauzione. I motivi di diritto costituendo, sopra cennati, non potevano però mancare d'una giusta influenza nelle legislazioni posteriori. Il codice pel regno delle Due Sicilie ed il Parmense tacquero, al pari del codice Francese, sul caso d'impossibilità, in cui si trovassero gli eredi presuntivi dell'assente, di prestare la cauzione richiesta per l'immissione in possesso provvisionale. Ma il codice Albertino nell'art. 85 previde quel caso, e dispose nei termini seguenti:

“ Qualora la cauzione prescritta non potesse essere
“ prestata, il tribunale prescriverà quelle altre cautele che,
“ avuto riguardo alle circostanze dei casi, stimerà conve-
“ nienti per l'interesse dell'assente „ e in termini pressochè identici fu espresso pure l'articolo 53 del codice Estense.

Nel codice Italiano fu accolta e sviluppata più ampiamente la stessa massima, essendosi nell'art. 27 disposto così:

“ Qualora alcuno dei presunti eredi od aventi diritto sui
“ beni dell'assente non possa dare cauzione, il tribunale
“ può ordinare quelle altre cautele che stimerà convenienti
“ per l'interesse dell'assente, avuto riguardo alla qualità
“ delle persone, alla loro parentela coll'assente, ed alle
“ altre circostanze „.

---

(1) V. Zachariae, t. I, § 152, nª 6; Demolombe, t. II, n. 93; Aubry e Rau, t. II, § 152, nª 9.

È ovvio l'osservare su ciò, in primo luogo, come la legge non lasci in facoltà del tribunale di sostituire a suo arbitrio altre cautele a quelle della sicurtà che la legge stessa ha prescritta. È solo pel caso che " alcuno dei presunti eredi, od altri aventi diritto sui beni dell'assente, " *non possa dare cauzione* „ che viene conferito al tribunale il potere di ordinare altri provvedimenti. La *impossibilità di prestare la cauzione* è dunque una condizione indispensabile, di cui bisogna che sia somministrata la prova. Ben s'intende che non si è voluto nè potuto riferirsi ad una *impossibilità assoluta*, ma *relativa* alla specialità delle circostanze; e che nell'apprezzamento delle prove prodotte spetta necessariamente al tribunale un potere discretivo insindacabile. Ma per giustificare l'adozione di altri provvedimenti, è necessario innanzi tutto che il tribunale si pronunci sulla impossibilità, da parte di coloro che domandano l'immissione in possesso, di dare la cauzione, e dichiari essere provata codesta impossibilità.

In secondo luogo poi, quand'anche i richiedenti abbiano di fatto somministrato la prova di non poter dare la cauzione, non è già per loro un diritto di ottenere la immissione in possesso, e un dovere pel tribunale di stabilire altri provvedimenti, che alla mancanza della cauzione suppliscano. L'articolo 27 non dice infatti che qualora alcuno dei presunti eredi, od altri aventi diritto sui beni dell'assente, non possa dare cauzione, *il tribunale ordina altre cautele*, ma solo che *può ordinarle;* col che dunque lascia in facoltà del tribunale, secondo le circostanze, il dare o non dare altre provvidenze suppletive, e quindi l'ammettere o il respingere le istanze d'immissione in possesso. Se, non ostante la dimostrata impossibilità, per coloro che chiedono tale immissione, di dare la cauzione che sarebbe necessaria, non si offrono altri mezzi adottabili di cautela, atti a guarentire abbastanza il patrimonio dell'assente, il tribunale opererà rettamente, in conformità dello spirito della legge, respingendo allo stato delle cose la domanda

d'immissione in possesso. Questa non deve concedersi, nè ha voluto la legge che si conceda, se non quando i diritti e gli interessi dell'assente, pel caso ch'egli ritorni o sia provata la sua esistenza, si trovino sufficientemente guarentiti. Se la cauzione non può essere data, e mancano, a prudente giudizio del tribunale, altri modi di supplirvi, è naturale che la immissione in possesso debba frattanto essere negata, perchè agl'interessi dei chiedenti la immissione in possesso non debbono essere posposti i diritti spettanti all'assente.

Un altro potere discretivo attribuito dall'art. 27 all'autorità giudiziaria consiste ancora nell'avere lasciata a lei la determinazione delle cautele sostituibili alla cauzione mancante. Anzichè seguire l'idea suggerita, come sopra abbiamo visto, da alcuni degli autori francesi, di richiamare determinatamente, come applicabili anche all'immissione temporanea nel possesso dei beni dell'assente, quelle regole stesse che il codice Napoleone negli art. 602 e 603, ed il nostro negli art. 498 e 499 stabilirono pel caso in cui l'*usufruttuario non possa dare una cauzione sufficiente*, si è reputato più opportuno lasciare che il tribunale, prendendo norma dalle circostanze particolari di ciascun caso, determini esso le cautele suppletive che riconosca più convenienti. L'usufruttuario ha un diritto acquisito, il cui esercizio non potrebb'essergli in verun caso negato. Deve bensì godere della cosa formante oggetto dell'usufrutto *da buon padre di famiglia*, e perciò gli è imposto di dare cauzione; ma se si trova di fatto nella impossibilità di prestarla, è pur necessario che altri mezzi gli siano dati per potere attuare il suo diritto. Ciò posto, era naturale che il legislatore determinasse con disposizioni proprie tali mezzi, per non lasciare in balìa dell'arbitrio l'attuazione di un diritto. Nel caso della dichiarazione d'assenza stanno invece, per coloro che domandano l'immissione in possesso dei beni dell'assente, semplici interessi, protetti bensì dalla legge, ma contemperandoli coi diritti dell'assente, a danno

dei quali non devono prevalere. Se dunque non si presentino modi convenienti per supplire alla mancanza della cauzione, guarentendo tuttavia sufficientemente il patrimonio dell'assente, non può esservi ostacolo a lasciare inesaudita la domanda d'immissione in possesso, e ciò è anzi — come già dimostrammo — perfettamente conforme a ragione ed a giustizia. In questa condizione di cose non vi era pertanto alcuna necessità di stabilire legislativamente mezzi di supplemento necessario alla cauzione mancante; ed era anzi molto più opportuno l'affidarsi al prudente criterio dei magistrati per l'adozione di quei provvedimenti, che le circostanze particolari di ciascun caso potessero suggerire come più opportuni.

Così le regole dettate per l'usufrutto negli articoli 498 e 499 non sono da riguardarsi nel caso nostro che come semplici norme direttive, che i giudici potranno seguire per analogia nell'esercizio del potere discretivo ad essi conferito dall'art. 27; il quale inoltre indica loro altri criteri, dichiarando che *debbasi principalmente avere di mira l'interesse dell'assente*, per garanzia del quale sarebbe richiesta quella cauzione alla cui mancanza trattasi di supplire, ma si debba però insieme *avere riguardo alla qualità delle persone, alla loro parentela coll'assente, ed alle altre circostanze*. E certamente minori esigenze saranno da aversi, in ordine alle cautele da prescriversi, qualora l'immissione in possesso sia chiesta da persone di conosciuta probità e diligenza nell'amministrazione dei beni proprii ed altrui, o da persone legate all'assente da strettissimi vincoli di parentela, principalmente quando si tratti dei figli o discendenti, dei genitori od ascendenti, o del coniuge.

177. — Le disposizioni contenute nel § 4° dell'articolo 26 e nel successivo articolo 27, che commentammo nei due numeri precedenti, e che riguardano l'obbligo della cauzione, sono comuni — come avvertimmo — tanto a coloro che domandano, in qualità di eredi testamentari o

legittimi dell'assente, la immissione in possesso della universalità o di una quota parte di tutti i beni di lui, quanto a quelli che chiedono soltanto di essere ammessi all'esercizio temporaneo di particolari diritti, che ad essi competano subordinatamente alla condizione della morte dell'assente sovra determinati beni; quali sono i legatari, i donatari ed altri. Ciò è dichiarato espressamente nel citato art. 26 § 4°; poichè vi è detto che *nè gli eredi, nè le altre persone precedentemente indicate* si ammetteranno al possesso dei beni od all' esercizio dei loro diritti eventuali, se non mediante cauzione.

Il seguente articolo 29, disponendo intorno all'altro obbligo, che dopo pronunciata l'immissione in possesso devono adempiere coloro che l'hanno ottenuta, all'obbligo cioè di formare un regolare inventario dei beni dell'assente, si riferisce invece esclusivamente agli eredi o testamentari o legittimi, che abbiano conseguita l'immissione in possesso della universalità dei beni dell'assente. Ciò sembra risultare manifestamente dalle espressioni stesse dell'articolo 29 § 1° così concepito: “ Coloro che hanno ottenuta “ l'immissione nel possesso temporaneo, devono far pro- “ cedere all'*inventario dei beni mobili e alla descrizione de-* “ *gl'immobili dell'assente* „. Con queste parole il legislatore accenna infatti all'universalità dei beni mobili ed immobili lasciati dall'assente, prescrivendo che dei primi debba farsi inventario, dei secondi una descrizione; oltre di che parla di *coloro che hanno ottenuta l'immissione in possesso temporaneo*, i quali, secondo l'art. 26 § 2°, sono gli eredi testamentari o legittimi, mentre per quelli che hanno soltanto sovra singoli beni diritti particolari dipendenti dalla condizione della morte dell' assente, il legislatore, nel successivo § 3° del medesimo articolo, usa l'espressione più specifica di *ammissione all'esercizio temporaneo di quei diritti.* D'altronde una ragione di differenza tra l'un caso e l'altro non manca. Quando si tratta di assumere il possesso della universalità o di una quota parte del patri-

monio dell'assente, è indispensabile nell'interesse di lui l'accertare innanzi tutto la consistenza di tale patrimonio, e i beni che lo compongono. Se ciò si ommettesse, non si avrebbe più base per la restituzione dei beni, dovuta dai possessori nel caso che l'assente ritorni o ne sia provata la esistenza. Questo motivo non sussiste quando si tratti soltanto dell'ammissione all'esercizio temporaneo di particolari diritti sovra beni singolarmente determinati. L'unico interesse, che possa esservi in tal caso, consiste nell'accertare lo stato di quei beni singoli, allorchè vengono consegnati a coloro che domandano d'essere ammessi ad esercitare temporaneamente sovr'essi dati diritti, per farne fondamento alla responsabilità che potrà loro incombere nel caso della restituzione dei beni da essi posseduti, all'assente od a chi lo rappresenti. Ma non si tratterebbe allora d'un *inventario*, bensì di una *perizia*, che da nessuna disposizione di legge è prescritta per questi casi. Potranno domandarla e farla eseguire per loro cautela gli stessi richiedenti l'ammissione all'esercizio temporaneo di quei diritti. Ma se non lo facciano, quali saranno le conseguenze per ciò che concerne l'onere della prova circa lo stato nel quale i beni dell'assente furono da essi ricevuti? E se lo facciano, le spese dovranno essere sopportate da loro stessi, o potranno essere poste a carico del patrimonio dell'assente? Sono questioni che esamineremo più tardi.

Nè il testo, che abbiamo sopra riferito, dell'art. 29 § 1°, nè altre disposizioni del codice civile nulla prescrivono circa le forme da adempiersi nella compilazione dell'inventario; le quali naturalmente trovavano sede più opportuna nel codice di procedura civile. Questo infatti dichiara nell'art. 796, *doversi osservare le norme stabilite per l'eredità accettata con benefizio d'inventario:* le quali sono scritte negli articoli 866 all'874 del codice predetto.

È però notevole che l'art. 29 del codice civile ingiungendo che si proceda " all'inventario dei beni mobili, *e alla* " *descrizione degl'immobili* dell'assente „ contiene in queste

ultime parole una derogazione importante alle regole comuni dell'inventario d'eredità. Quanto ai *mobili*, l'art. 872 n. 7° del codice di procedura civile prescrive che se ne faccia " *la descrizione e la stima a giusto valore*, colla spe-
" cificazione del peso e del marchio per gli oggetti d'oro
" e d'argento „ e lo stesso deve osservarsi nell'inventario dei beni mobili dell'assente, poichè l'art. 29 del codice civile non reca alcuna norma diversa in proposito. Ma quanto agl'*immobili*, lo stesso art. 872 al n. 6° ne richiede invece la semplice " *designazione*, colla indicazione della
" loro natura, del comune in cui si trovano, dei loro con-
" fini, e dei numeri del catasto o delle mappe censuarie „; mentre l'art. 29 del codice civile esige *la descrizione* anche degl'immobili dell'assente, com'è necessaria pei mobili in forza della combinata disposizione del n. 7° art. 872 del codice di procedura civile, salvo che degl'immobili non è imposto che si debba inoltre fare *la stima*. Certo è che alla *descrizione degl'immobili* voluta dall'art. 29, cod. civ. non potrebbe corrispondere la semplice loro *designazione* colle indicazioni accennate nel n. 6° del medesimo art. 872, procedura civile. E che nell'inventario dei beni dell'assente si richieda, per quanto riguarda gl'immobili, più di quello ch'è sufficiente nell'inventario d'eredità, è giustificabile per buone ragioni. Lo scopo dell'inventario, nell'eredità accettata col benefizio di esso, è di accertare la consistenza del patrimonio lasciato dal defunto; e ciò per guarentigia dell'erede, il quale non è tenuto al pagamento dei debiti ereditari e dei legati oltre il valore dei beni a lui pervenuti (art. 968, cod. civ.); e per guarentigia ancora dei creditori e dei legatari, i quali hanno diritto di conseguire, su tutti i beni che il defunto ha lasciati, ciò che è loro dovuto. Ora a tale scopo è soddisfatto abbastanza con la descrizione e la stima dei mobili, per ovviare le sottrazioni che potrebbero esserne fatte, e colla semplice *designazione* degl'immobili, i quali non possono scomparire. Il fine dell'inventario dei beni dell'assente, dati in possesso temporaneo ai

presunti eredi di lui, è invece di dare una base certa alla responsabilità di costoro quanto all'obbligazione, ch'essi assumono, di conservare i beni in buono stato, amministrandoli come si conviene a buoni padri di famiglia, per restituirli, qualora se ne verifichi il caso, nelle identiche condizioni in cui li ricevettero. Ora, per ottenere questo fine non basta che sia accertata la consistenza del patrimonio colla indicazione dei beni che lo compongono, ma è indispensabile che anche per gl'immobili venga accertato *lo stato in cui si trovano* allorchè i presunti eredi dell'assente ne assumono il possesso; per potere poi, col confronto delle condizioni in cui li restituiscono, determinare se e quale responsabilità incomba ai possessori verso l'assente od i suoi rappresentanti. Pensiamo pertanto che nell'art. 29 parlando di *descrizione degl'immobili* il legislatore abbia inteso di richiedere una *descrizione dello stato* in cui essi si trovino; come ha dichiarato espressamente per altri casi, nei quali l'inventario si fa similmente per stabilire la base della responsabilità di chi possiede od amministra beni appartenenti ad altri, a cui deve restituirli conservati colle cure di buon padre di famiglia. Così nell'art. 283 del codice civile, quantunque si ammetta per massima che nell'inventario dei beni dei minori soggetti a tutela *basti la designazione degl'immobili*, si lascia perciò in facoltà del pretore o del consiglio di famiglia di ordinare che “ si debba procedere alla stima dei mobili, e *alla de-“ scrizione dello stato degl'immobili* „. Così pure nell'articolo 496 è prescritto che l'usufruttuario non consegua il possesso delle cose formanti oggetto del suo diritto “ se “ non dopo aver fatto l'inventario dei mobili, e la *descri-“ zione dello stato degl'immobili* soggetti all'usufrutto „.

In quest'ordine d'idee, relativamente all'inventario dei beni dell'assente, conferma pure il confronto delle legislazioni anteriori.

Il codice Napoleone (art. 126), e ad imitazione di esso, quello pel regno delle Due Sicilie (art. 132), ed il Par-

mense (art. 1059) imponevano a coloro che avessero ottenuta l'immissione provvisionale in possesso il solo obbligo di *far procedere all'inventario dei mobili e delle scritture dell'assente*. Quanto agl'immobili lasciavano una semplice facoltà ai possessori predetti, dicendo ch'essi potevano " *per loro cautela*, fare istanza che si procedesse da un " perito nominato dal tribunale alla *visita degli stabili*, al- " l'effetto di verificarne lo stato ".

Fu il codice Albertino, che colla disposizione dell'art. 89 diede all'obbligo della formazione dell'inventario una maggiore estensione, statuendo che gl'immessi in possesso, oltre a far procedere all'inventario dei beni mobili e delle scritture dell'assente " quanto agli stabili *dovranno far* " *procedere alle testimoniali di stato* per mezzo di perito " nominato dal tribunale, che le omologherà ".

Quanto al codice Estense, siccome esso stabiliva che nello stadio della presunzione di assenza dovesse per mezzo d'un notaio deputato dal *Giusdicente* essere compilato l'inventario dei beni dell'assente, nelle forme dell'inventario di tutela, ed essere nominato un curatore per l'amministrazione dei beni stessi (art. 42); così, ottenuta che fosse dai presunti eredi l'immissione in possesso provvisionale, disponeva soltanto ch'essi avessero a ricevere coll'opera di un notaro, da destinarsi dal tribunale, il rendimento di conto del curatore, ed a verificare esattamente le cose comprese nell'inventario, annotando in caso le ommesse (art. 57). L'inventario tutelare, e quindi anche quello dei beni dell'assente, doveva comprendere, oltre alla *descrizione delle qualità* e *quantità* di tutti i mobili colla loro stima, anche la *enunciazione dei fondi rustici* e *urbani* (art. 263).

Il codice Albertino, che in tanta parte ha servito di tipo al nuovo codice Italiano, prescriveva dunque l'inventario dei beni mobili, e per gli stabili le *testimoniali di stato*, che dalla compilazione per opera d'un perito nominato dal tribunale, e dall'omologazione di questo, traevano autorità

di piena prova. Il codice nostro si è limitato a richiedere l'inventario dei beni mobili e la *descrizione* degl'immobili dell'assente; ma con quest'ultime parole è da ritenersi che non abbia inteso di sostituire alle *testimoniali di stato* una semplice *designazione degl'immobili*, tale che valga soltanto a determinarne la identità, bensì una *descrizione* che *ne accerti lo stato*, per gli effetti della responsabilità che gl'immessi in possesso provvisorio assumono per ciò che riguarda l'obbligo di conservare i beni da restituirsi eventualmente all'assente od a chi lo rappresenti.

Dall'essersi detto nell'art. 126 del codice Francese che gl'immessi in possesso provvisionale *potevano per loro cautela* fare istanza per la verificazione dello stato degl'immobili mediante perizia, i commentatori traevano generalmente la conseguenza che trascurando questa precauzione si dovesse reputare ch'essi avessero ricevuti quegli immobili *in buono stato di riparazioni*. In questo senso alcuni aggiungevano pure un argomento di analogia dedotto dall'art. 1731 del codice stesso, che in materia di locazione d'immobili stabiliva *presumersi che il conduttore li avesse ricevuti in buono stato di riparazioni locative*, qualora non si fosse proceduto alla descrizione dello stato della cosa locata. Altri osservavano che veramente la supposta analogia non sussisteva, perchè " il locatore è tenuto a consegnare la cosa in buono stato di riparazioni d'ogni " specie „ (art. 1720, cod. Franc., 1576, cod. It.) ed è quindi da presumersi che in tale stato l'abbia ricevuto il conduttore, se non abbia fatto constare del contrario, mentre l'erede presuntivo dell'assente deve prendere i beni, dei quali viene immesso in possesso, *nello stato in cui si trovano;* come l'usufruttuario, il quale ciò non ostante ha l'obbligo di far eseguire *la descrizione dello stato degl'immobili soggetti all'usufrutto* (art. 600, cod. Franc., 496, cod. It.). Nondimeno anche questi autori accettavano per un'altra ragione la massima che qualora non avessero fatta eseguire la verificazione dello stato degl'immobili, gl'immessi

in possesso dovessero reputarsi averli ricevuti in buono stato. Tale è — dicevasi — l'intenzione manifesta del legislatore; il quale non avrebbe avuta alcuna ragione di dichiarare che gl'immessi in possesso potessero chiedere la verificazione dello stato degl'immobili *per loro cautela*, se non facendolo non fossero incorsi in nessun pericolo, nemmeno quanto alla prova dello stato in cui si fossero trovati gl'immobili all'atto della immissione in possesso, essendo applicabili anche intorno a ciò le regole comuni (1). Contro questa opinione così generalmente adottata si è dichiarato un più recente scrittore; osservando che quella espressione dell'art. 126 del codice Francese, che diceva potere gl'immessi in possesso richiedere la verificazione dello stato degl'immobili *per loro cautela*, voleva significare soltanto poter essi far ciò *per evitare liti;* che però quando la lite sorgesse dovevano applicarsi in ordine alla prova dello stato dei beni al tempo dell'immissione in possesso ed a quello della restituzione, i soli principii generali di diritto; che una *presunzione legale* del buono stato degl'immobili non era ammissibile, dal momento che non vi era disposizione di legge che la stabilisse; che d'altronde una simile presunzione non avrebbe avuto alcun fondamento ragionevole, perchè anzi dopo un'amministrazione provvisoria di più anni durante la presunzione di assenza, era da ritenersi più probabile che i beni fossero in cattivo stato (2).

Ma, comunque potesse risolversi la questione in diritto francese, noi dobbiamo esaminarla fondandoci sul testo del codice nostro; il quale differisce sostanzialmente in ciò, che ha resa obbligatoria a carico degl'immessi in possesso quella verificazione dello stato degl'immobili al tempo della immissione, che secondo il codice Napoleone era me-

---

(1) V. Proudhon, *Tr. sur l'état des personnes*, t. I, c. XX, s. III, § 4, p. 286; Toullier, t. I, n. 430; Zachariae, t. I, § 154, nª 6; Duranton, t. I, n. 474; Marcadé, art. 126, § 4, t. I, n. 408; Demolombe, t. II, n. 98; Aubry e Rau, t. I, § 153, nª 4.

(2) V. Laurent, t. II, n. 173, p. 227, 228.

ramente facoltativa. Che le *presunzioni legali* abbiano bisogno d'un testo di legge che le stabilisca, nè possano estendersi per analogia, come eccezioni ch'esse sono ai principii comuni circa l'onere della prova, ciò non ammette dubbio. Ma d'altra parte non è già indispensabile che la presunzione sia *espressamente dichiarata* nel testo della legge; ed è sufficiente che uno ve ne sia, dal quale risulti con certezza, ancorchè implicitamente soltanto, la intenzione del legislatore di stabilire una tale presunzione. Ora ciò non risulta forse nel caso nostro dall'avere il legislatore imposto agl'immessi in possesso l'obbligo di far procedere, oltrechè all'inventario dei beni mobili, anche *alla descrizione dello stato degl'immobili* dell'assente? Se dall'avere ommesso l'adempimento di quest'obbligo non derivasse a danno degl'immessi in possesso alcuna conseguenza legale, la disposizione imperativa della legge intorno a tale oggetto mancherebbe di sanzione, e dall'avere trasgredita questa disposizione, che ha per fine di assicurare la prova del vero stato degl'immobili al tempo della immissione in possesso, coloro che l'avessero ottenuta trarrebbero anzi il vantaggio di riversare l'onere della prova sull'assente o su chi lo rappresentasse; giacchè a questi incomberebbe, secondo i principii generali di diritto, quell'onere, essendo essi che devono rendersi attori contro gl'immessi in possesso per conseguire la restituzione dei beni ed il risarcimento dei danni per le deteriorazioni, ed essendo chi agisce che deve provare il fondamento della propria domanda. Ci sembra che ciò basti per giustificare, secondo la disposizione del nostro codice, la massima professata concordemente dai commentatori del codice Francese, salvo l'unica opinione contraria che abbiamo accennata. — Qualora però non si tratti dei presunti eredi immessi in possesso della universalità dei beni lasciati dall'assente, ma di persone aventi su determinati beni diritti particolari dipendenti dalla condizione della morte di lui, all'esercizio dei quali diritti siano state temporanea-

mente ammesse; siccome a queste persone non sarebbe applicabile, secondo l'opinione che abbiamo sopra manifestata, la disposizione dell'art. 29 § 1°, così mancherebbe la base dell'argomentazione predetta per ritenere che i beni dovessero presumersi consegnati ai possessori in buono stato di riparazioni, e l'onere della prova non potrebbe quindi essere regolato che dai principii generali di diritto.

Un'altra osservazione fu giustamente fatta in questo argomento dell'inventario dei beni dell'assente; e cioè che quand'anche siano più le persone immesse nel possesso temporaneo, non è però richiesta la compilazione d'altrettanti distinti inventari per la parte di beni di cui ciascuna di esse assuma il possesso: ma è necessario, e basta per tutte un solo inventario generale, salvo che poi la responsabilità di ciascuno dei possessori sarà limitata a quei soli beni ch'egli abbia posseduti divisamente dagli altri (1).

178. — L'articolo 29 del nostro codice nell'ultimo suo paragrafo contiene la seguente disposizione: “ Il tri-“ bunale ordinerà, ove sia d'uopo, la vendita in tutto od “ in parte dei beni mobili, ed in tal caso ne sarà impie-“ gato il prezzo „.

Disposizioni quasi identiche trovavansi pure nei codici anteriori (art. 126 § 2°, cod. Napoleone, 132 § 2°, cod. D. S., 1059 § 2°, cod. Parm., 89 § 2°, cod. Alb., 57 § 2°, cod. Est.). Due differenze però importa di rilevare. La prima è che quasi tutti quei codici dicevano che il tribunale ordina la vendita dei mobili, *se vi è luogo;* solo il codice per le Due Sicilie sostituiva a questa l'altra espressione “ *se sarà necessario* „ ed è il concetto a cui si è conformato, come si vede, il codice Italiano, usando la frase equivalente “ *ove sia d'uopo* „. La seconda differenza è che nel codice Italiano fu soppressa quella parte degli accennati articoli dei

---

(1) V. Astengo ed altri, *Codice civile confrontato*, ecc., vol. I, art. 29, § II, p. 306.

codici precedenti, in cui si stabiliva doversi impiegare il prezzo della vendita dei mobili ordinata dal tribunale, *non che i proventi scaduti*. Intorno a quest'ultima osservazione, ed alle conseguenze che se ne possono dedurre, abbiamo esposte in altro luogo le nostre idee, sulle quali non dobbiamo qui ritornare (1). Ma pensiamo che non sia senza qualche interesse il riflettere su quella diversa forma di dire che si è adottata, seguendo l'esempio del codice Napoletano anzichè degli altri; perchè ci sembra esservi stato uno speciale e giusto proposito nel mutamento di frase con cui si pose come condizione *la necessità della vendita dei beni mobili dell'assente*, perchè il tribunale abbia ad ordinarla. È naturale infatti il dedurne che il legislatore abbia ritenuto per regola fondamentale che tutta la sostanza anche mobiliare dell'assente debba essere conservata, per restituirgli gl'identici beni in caso che ritorni, lasciandone intanto agl'immessi in possesso la semplice amministrazione e il godimento; talchè il provvedimento del tribunale, che ordini la vendita di quei beni, non possa fondarsi se non sulla *necessità* che ne sia dimostrata; necessità, ben s'intende, non *assoluta*, che non si verificherebbe mai, bensì *relativa* alle condizioni in cui si trovino le persone, ed alle circostanze peculiari dei casi.

E queste idee, che scaturiscono dal proprio significato delle parole “ il tribunale ordinerà, *ove sia d'uopo*, la ven- “ dita in tutto od in parte dei beni mobili „ sono pure conformi allo spirito con cui fu ordinato questo istituto della immissione degli eredi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente. Con tale possesso, finchè non si trasmuti in definitivo, coloro che vi sono immessi non dovendo appunto aver altro che la semplice amministrazione dei beni, e il godimento totale o parziale delle rendite, è conseguente che la sostanza capitale del patrimonio, qualunque essa sia, e tanto se consista in beni mobili, quanto in immobili,

---

(1) V. sopra, n. 171, p. 702, ss.

debba essere conservata nella sua identità per l'assente, che, nella incertezza in cui si è circa la sua esistenza, non si reputa aver cessato ancora di esserne il proprietario. La sola necessità di procedere a vendite, per meglio conseguire lo scopo propostosi dal legislatore di conciliare gli eventuali interessi dell'assente, da una parte, e dei presunti eredi di lui dall'altra parte, può giustificare in via di eccezione che un tale provvedimento venga ordinato dal tribunale. Dicendosi, come negli altri codici sopra citati, che " il tribunale ordinerà la vendita, *se vi è luogo* „ pareva invece che s'intendesse riferirsi piuttosto a motivi di semplice opportunità e convenienza, che di vera necessità.

Abbiamo creduto doversi classificare la disposizione dell'ultimo paragrafo dell'art. 29 tra quelle riguardanti le cautele imposte dalla legge a coloro che vengono immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente. Sotto tale aspetto era infatti considerata dai commentatori la corrispondente disposizione del codice Francese (1). Ma prescindendo da ciò, sembra facile persuadersi che sarebbe erroneo il riguardare quella disposizione come prescrivente soltanto una formalità abilitante, a cui siano tenuti gl'immessi in possesso provvisorio per potere validamente procedere alla vendita dei beni mobili dell'assente. È nel precedente paragrafo secondo del medesimo art. 29, che il legislatore ha determinate le formalità abilitanti da osservarsi dai possessori provvisionali, qualora durante l'amministrazione da essi esercitata dei beni dell'assente intendano di procedere ad alienazione di beni immobili, a costituzione d'ipoteche, od a qualsiasi altro atto eccedente la semplice amministrazione. Essi non potrebbero allora compiere validamente simili atti, guarentendosi da responsabilità verso l'assente o verso chi avesse causa da lui, se non invocando e riportando l'autorizzazione giudiziale. Sarebbe applicabile questa regola, e dovrebbesi chiedere la

(2) V. Demolombe, t. II, n. 90, ss.

autorizzazione del tribunale anche per le alienazioni di beni mobili, che durante la loro amministrazione gl'immessi in possesso temporaneo volessero fare? Tali alienazioni sono esse pure da reputarsi comprese nell'accenno generale, che si trova nel paragrafo secondo dell'art. 29, degli *atti eccedenti la semplice amministrazione?* Questa era una questione controversa in diritto francese; e potrebbe lasciar luogo a qualche dubbio ancora sotto il codice nostro, benchè vi siano state introdotte notevoli mutazioni. Ma di ciò dovremo occuparci più oltre. Intanto però è manifesto che di quanto riguarda le forme abilitanti necessarie ad adempiersi dagl'immessi in possesso temporaneo per gli atti di disposizione ch'essi vogliono fare dei beni dell'assente, durante il tempo in cui li amministrano, è nel paragrafo secondo dell'art. 29 che il codice Italiano ne tratta. E qualora fosse stata intenzione del legislatore di non occuparsi dell'alienazione dei beni mobili dell'assente, fuorchè sotto il solo aspetto delle forme abilitanti, che i possessori dovessero osservare per compiere validamente tale alienazione, ne avrebbe parlato in quello stesso paragrafo secondo, dichiarando *non potersi alienare senza l'autorizzazione giudiziale i beni sì mobili che immobili dell'assente.* Invece fu aggiunto nell'art. 29 un terzo paragrafo, nel quale si è usata una formola assolutamente imperativa, dicendo che " *il tribunale ordinerà, ove sia d'uopo, la vendita in* " *tutto o in parte dei beni mobili* „ mentre l'espressione del paragrafo precedente è in senso meramente facoltativo, risultandone soltanto che gl'immessi in possesso temporaneo *possono coll'autorizzazione giudiziale alienare o ipotecare beni immobili, o fare gli altri atti eccedenti la semplice amministrazione.* In questo terzo paragrafo si tratta dunque d'*un obbligo*, che dal tribunale può essere ingiunto agl'immessi in possesso, i quali sono tenuti ad adempierlo sotto la loro responsabilità; ed è sotto tale aspetto che codesta disposizione della legge è da riguardarsi come una delle guarentigie adottate dal legislatore al fine di preservare il

patrimonio dell'assente dai danni e dalle diminuzioni che potrebbe subire durante il possesso e l'amministrazione data ai presunti eredi. Questi infatti avrebbero il più delle volte interesse a conservare in natura i beni mobili dell'assente, servendosene durante il possesso, e potendo poi liberarsi verso di lui, in caso che ritornasse, col restituirglieli nello stato in cui si trovassero, deteriorati probabilmente dal tempo e dall'uso: mentre vendendosi il mobiliare ed impiegandone il prezzo, l'assente, al suo ritorno, troverebbe intatto il capitale che ne rappresenta il valore, ed inoltre potrebbe aver diritto a ricuperare in parte le rendite prodotte da quel capitale. È chiaro pertanto che in simili circostanze gl'immessi in possesso non s'indurrebbero facilmente a promuover essi la vendita dei beni mobili dell'assente domandandone l'autorizzazione giudiziale, e che fu una prudente cautela nell'interesse dell'assente, per la conservazione del patrimonio di lui, l'essersi data con questa disposizione dell'articolo 29 § 3° la facoltà al tribunale d'ingiungere ai possessori di procedere a quella vendita. È chiaro altresì che l'ordinanza del tribunale a quest'oggetto può essere pronunciata d'*ufficio*, indipendentemente da istanza degl'immessi in possesso; ma non è da escludersi che il provvedimento possa essere promosso da altri che siano interessati anche solo eventualmente alla conservazione del patrimonio dell'assente — per esempio dai creditori, o da coloro che sarebbero i veri eredi di lui nel caso che fosse morto in tempo posteriore a quello da cui parte la presunzione di assenza — ovvero dal procuratore che l'assente medesimo avesse lasciato, od anche dal ministero pubblico. È chiaro, in fine, che ordinariamente la vendita totale o parziale dei beni mobili dell'assente sarà ordinata dal tribunale all'atto stesso di concedere l'immissione in possesso temporaneo domandata dagli eredi testamentari, o in loro mancanza dai presunti eredi legittimi dell'assente medesimo; poichè fin d'allora, e prima che l'immissione in possesso venga attuata, inte-

ressa di dare quei provvedimenti che valgano ad assicurare la conservazione della sostanza patrimoniale, e d'altra parte è allora appunto che il tribunale deve necessariamente occuparsi degl'interessi riguardanti il patrimonio dell'assente, mentre dopo pronunciata l'immissione in possesso difficilmente se ne ripresenterebbe l'occasione. Per altro non è da ritenersi come regola assoluta che solo a quel tempo possa il tribunale ingiungere agl'immessi in possesso di eseguire la vendita in tutto o in parte dei beni mobili dell'assente, perchè anche durante l'esercizio di tale possesso temporaneo potrebbe manifestarsi il bisogno, che prima non fosse apparso, di tale provvedimento, e il tribunale potrebbe allora decretarlo, a richiesta di persone interessate, o del pubblico ministero, od anche d'ufficio. Infatti l'art. 29 § 3° dichiara che " il tribunale ordinerà, " ove sia d'uopo, la vendita in tutto o in parte dei beni " mobili „ senz'apporvi alcuna limitazione a questa facoltà data all'autorità giudiziaria, senza prescrivere che l'ordine della vendita debba essere dato prima che i presunti eredi conseguano effettivamente il possesso.

Secondo ciò che abbiam detto, la disposizione di quest'ultimo paragrafo dell'art. 29 ha per fine di proteggere l'interesse dell'assente, guarentendo la conservazione del valor capitale corrispondente alla parte mobiliare del suo patrimonio. Da ciò alcuni commentatori vollero dedurre che, nel determinare se e di qual parte dei beni mobili lasciati dall'assente debbasi eseguire la vendita, il tribunale debba prendere in considerazione esclusivamente l'*interesse dell'assente* (1). Non sembra però che questa deduzione sia perfettamente esatta. Certamente è per l'interesse dell'assente che il legislatore ha data facoltà al tribunale di ordinare che gl'immessi in possesso debbano vendere in tutto od in parte i beni mobili di lui; ma da ciò non deriva che nel pronunciare tale ordine l'autorità giudiziaria nul-

---

(1) V. Astengo ed altri, *Codice civile confrontato*, ecc., vol. I, art. 29, § III, p. 306.

l'altro debba consultare che l'interesse dell'assente medesimo. Neppure in questo particolare può essere posto in dimenticanza il principio fondamentale di tutto l'ordinamento relativo all'assenza, che devesi cercare in ogni cosa la migliore conciliazione possibile degl'interessi dell'assente, pel caso ch'egli viva ancora, con quelli delle persone che nell'evento della morte di lui, divenuta tanto più probabile nello stadio dell'assenza dichiarata, hanno diritti da esercitare sul patrimonio ch'egli ha lasciato (1). Questi interessi possono molte volte trovarsi in conflitto; e se nel risolvere per l'alienazione o per la conservazione dei beni dell'assente è principalmente l'interesse di lui che il tribunale deve avere in vista, non sono tuttavia da trascurarsi gl'interessi opposti, che gl'immessi in possesso temporaneo dei beni possono talora avere; e gli uni agli altri debbono essere contrapposti per prendere in seguito quelle determinazioni che appariscano più conformi all'equità. All'interesse dell'assente gioverebbe meglio nel maggior numero dei casi, che si vendessero tutti i mobili, per convertirne il valore in un capitale inalterabile e produttivo, invece di conservare oggetti deperibili, e dei quali l'assente, al suo ritorno, non troverebbe forse più che pochi resti di tenue valore. Ma se gl'immessi in possesso provvisionale fossero i figli o il coniuge dell'assente, si avrebbe dunque da costringerli a privarsi degli oggetti necessari all'uso della famiglia, per doverne poi acquistare altri a prezzo tanto maggiore?

Altre volte si tratterà di collezioni di libri e d'oggetti d'arte o d'antichità raccolti con molto amore e molta fatica, ed aventi un valore considerevole. Il venderli procurerebbe agl'immessi in possesso il vantaggio d'un aumento notevole delle rendite, ch'essi farebbero proprie in tutto od in parte; ma priverebbe l'assente, nel caso del suo ritorno, della proprietà di oggetti a cui egli annette una

---

(1) V. sopra, n. 132, p. 128.

importanza assai maggiore del prezzo che può esserne ritratto. Non consultando che l'interesse dell'assente, quei beni dovrebbero dunque essere conservati. Ma se l'alienarli sia necessario per supplire colle rendite, che si otterrebbero mediante l'impiego del prezzo, alla insufficienza del rimanente patrimonio pel mantenimento della famiglia, a cui sono mancati, per l'assenza del suo capo, i mezzi ch'egli le procurava coll'opera propria, sarebbe dunque da negarsi la vendita per l'unica considerazione che all'interesse personale dell'assente sarebbe più conveniente la conservazione di quegli oggetti?

Non è pertanto al solo interesse dell'assente che debbasi avere riguardo; ma spetta al savio apprezzamento dell'autorità giudiziaria di conciliare quell'interesse cogli altri, che possono essere opposti, delle persone immesse nel possesso temporaneo dei beni; prendendo in considerazione l'entità relativa di tali interessi, e la qualità e le condizioni delle persone medesime. Al legislatore non era possibile di stabilire come regola assoluta che si dovessero vendere o conservare i beni mobili dell'assente, e neppure di dettare norme generali direttive, a cui l'autorità giudiziaria dovesse attenersi nelle sue determinazioni. Non rimaneva quindi che di riportarsene alla prudenza del tribunale; come appunto fu fatto nell'art. 29 § 3° del nostro codice.

Disponendo che il tribunale ordini, ove sia d'uopo, la vendita totale o parziale dei beni mobili dell'assente, il codice civile non ha stabilito in quali forme debbasi poi eseguire la vendita che sia decretata. Era lo stesso nel codice Francese; e n'era sorta qualche differenza di opinioni intorno alle norme da seguirsi in mancanza d'un testo che le determinasse. Qualche autore aveva pensato che “ gli assenti essendo quasi in tutto assomigliati ai “ minori, si dovessero osservare le forme prescritte per “ la vendita dei beni mobili ad essi appartenenti „ (1),

---

(1) Delvincourt, t. I, p. 52, nª 1.

cioè la vendita dovesse farsi " mediante incanto tenuto da " un ufficiale pubblico, previi gli avvisi e le pubblicazioni „ com'era stabilito in quel codice dall'art. 452, a cui corrisponde il 290 del codice nostro. Quest'argomentazione però parve troppo assoluta ad altri, i quali avvisarono che non essendovi un testo da cui fossero imposte tali formalità, non si dovesse reputarne indispensabile l'adempimento, e che avendo il legislatore deferito alla prudenza del tribunale il risolvere se si dovesse o no procedere alla vendita, fosse congruo il ritenere che ad esso pure spettasse di stabilire la forma in cui la vendita stessa avesse a seguire; tanto più che con ciò era abbastanza guarentito l'interesse dell'assente; e secondo le circostanze, che l'autorità giudiziaria apprezzerebbe in relazione alla natura ed all'importanza dei beni mobili da vendersi, ed alla qualità delle persone immesse in possesso, potrebbero talvolta essere risparmiate a vantaggio dei possessori, ed eventualmente dell'assente medesimo, le spese considerevoli che l'impiego della forma dei pubblici incanti avrebbe rese necessarie (1).

Il legislatore italiano però ha risolta la questione coll'articolo 796 § 1° del codice di procedura civile, dichiarando che " nella vendita dei beni mobili si osservano le " norme stabilite per l'eredità accettata con benefizio d'in- " ventario „ il che veramente sembra più razionale che l'assimilare la condizione giuridica dell'assente a quella d'un minorenne. Una certa analogia vi è infatti tra la posizione dei presunti eredi dell'assente, che ottennero l'immissione in possesso temporaneo dei beni di lui, e quella che avrebbero qualora si fosse veramente aperta la successione, ed essi l'avessero accettata con benefizio d'inventario. L'analogia sussiste almeno in ciò, che nell'un caso come nell'altro gli eredi sono riguardati quali amministratori dei beni ereditari, sono tenuti ad osservare certe forme nella

(1) V. Duranton, t. I, n. 478; Demolombe, t. II, n. 96.

loro gestione ed a renderne conto, e che nell'un caso come nell'altro essi non assumono obbligazione di soddisfare i debiti ereditari oltre il valore dei beni medesimi.

Giusta la disposizione, poi, contenuta nel secondo paragrafo dell'art. 875 dello stesso codice di procedura civile, si osservano nella vendita dei beni mobili della eredità accettata con benefizio d'inventario, e valgono perciò anche per la vendita dei beni mobili dell'assente, *in quanto siano applicabili*, le regole stabilite negli articoli 623 e seguenti del codice predetto relativamente all'esecuzione forzata. La vendita deve quindi farsi all'incanto, premessi i pubblici avvisi, nelle forme determinate da quelle disposizioni.

Il prezzo dei beni mobili venduti dev'essere impiegato (art. 29 § 3° cod. civ.). Il termine entro cui debba farsi l'investimento, il modo di esso, e le cautele da prendersi nell'interesse dell'assente, sono pure determinati dal tribunale nello stesso provvedimento col quale ordina la vendita (art. 796 § 2°, cod. proc. civ.). Il nostro legislatore ha voluto anche in ciò, come per le forme della vendita, essere circospetto, per guarentire l'interesse dell'assente, e non ha perciò lasciate facoltà libere agl'immessi in possesso provvisionale; ai quali però, ben s'intende, è lecito di proporre al tribunale quei mezzi d'investimento che reputino più opportuni pel vantaggio di loro e dell'assente insieme; e, per esempio, potrebbero chiedere d'essere autorizzati ad impiegare il prezzo dei mobili nella estinzione di debiti lasciati dall'assente, in ispese di riparazioni straordinarie che occorressero negl'immobili, in nuovi acquisti, od altro. L'art. 796 § 2° del codice di procedura dichiara doversi investire, nel termine e colle cautele da stabilirsi dal tribunale, anche *il prezzo dei proventi scaduti*. È forse una reminiscenza di ciò ch'era disposto nell'art. 126 § 2° del codice Napoleone. Abbiamo pensato veramente che, a differenza di quanto sul fondamento di quella disposizione era ritenuto dagli autori francesi, nella legislazione nostra, stando a ciò ch'è detto nell'art. 31, gl'immessi in possesso

temporaneo abbiano diritto a far proprie in tutto od in parte, secondo i casi, anche le rendite scadute nell'intervallo posteriore al giorno da cui parte la presunzione di assenza, al pari di quelle che percepiscono durante la immissione in possesso (1). Nondimeno l'accennata disposizione dell'art. 796 § 2° del codice di procedura civile non manca perciò di applicazione possibile. Può darsi, come ivi notammo, che vi siano rendite percepite dall'assente stesso prima che scomparisse, o ve ne siano altre percepite dal procuratore dell'assente dopo che questi si allontanò dal suo domicilio o dalla sua residenza, ma anteriormente alle ultime notizie che siansi avute di lui. E queste rendite, che non potendo, a senso dell'art. 31, essere lucrate dagl'immessi in possesso, perchè non percette dopo il giorno da cui parte la presunzione di assenza, formeranno oggetto della stessa immissione in possesso come sostanze capitali, dovranno quindi essere investite entro il tempo e colle cautele da determinarsi dal tribunale, come appunto è dichiarato nel citato art. 796 § 2° del codice di proc. civile.

I possessori provvisionali che, trasgredendo i precetti della legge, ommettessero di eseguire la vendita dei mobili ordinata dal tribunale, o vi procedessero tardivamente, o senza osservare le norme dalla legge prescritte, o fatta la vendita non impiegassero il prezzo, od eseguissero l'investimento dopo il termine prefisso, o in modo diverso, o non curando le cautele dal tribunale determinate, sarebbero responsabili verso l'assente, o chi per lui, di tutti i danni che da tali loro mancanze potessero essere derivati al patrimonio da essi amministrato. È un mandato legale, di cui essi sono investiti, e per di più è un mandato retribuito. Non è quindi che un'applicazione delle norme comuni la loro responsabilità per qualsiasi danno che sia cagionato, non solamente da *dolo*, ma anche da semplice *colpa*, che abbiano commessa nella esecuzione del mandato (art. 1746, cod. civ.).

(1) V. sopra, n. 171, p. 702, ss.

Vi fu chi opinò che per l'ommesso impiego del prezzo dei beni mobili venduti decorrano *ipso jure* a carico degl'immessi in possesso temporaneo gl'interessi legali sul prezzo medesimo, dal giorno in cui l'investimento avrebbe potuto e dovuto esserne fatto; perchè — si disse — " essi " sono in colpa se hanno lasciati oziosi i capitali dell'as- " sente, e deve reputarsi che li abbiano impiegati a proprio " vantaggio „ (1). Se veramente fosse provato che i possessori, dopo avere riscosso il prezzo della vendita, lo avessero rivolto a proprio uso, non vi è dubbio che dalla data del fattone impiego ne dovrebbero gl'interessi, da computarsi a favore dell'assente o dei suoi legittimi rappresentanti nelle proporzioni stabilite dall'articolo 31 del codice civile. Ciò sarebbe conforme alla disposizione dell'art. 1750. Ma in mancanza di prova non si potrebbe supplirvi colla *presunzione* suggerita dal *Toullier:* perchè non è a parlarsi di *presunzione legale* quando manca un testo di legge che la stabilisca. Sarebbero dunque semplicemente applicabili i principii generali pel risarcimento dei danni, da determinarsi, in caso di contestazione, dal tribunale (2).

Se gl'immessi in possesso abbiano proceduto arbitrariamente ad una vendita di beni mobili, non ordinata nè autorizzata dal tribunale, quali ne saranno le conseguenze relativamente alla responsabilità di costoro verso l'assente o chi lo rappresenti? Non è questo il luogo per occuparci di tale questione, che manifestamente non riguarda l'applicazione del paragrafo terzo dell'art. 29, dov'è contemplato il caso che il tribunale abbia anzi decretata la vendita dei beni mobili dell'assente. Ne tratteremo più innanzi, nello svolgere i principii concernenti le facoltà che spettano agl'immessi in possesso, per l'amministrazione dei beni dell'assente. Verrà allora l'opportunità di esaminare se tra le facoltà spettanti ai possessori, in virtù del diritto di amministrazione ad essi attribuito, sia da comprendersi

(1) V. Toullier, t. I, n. 428.
(2) V. Laurent, t. II, n. 180, p. 239, 240.

anche quella di alienare beni mobili dell'assente; se in caso negativo l'atto di alienazione sia da reputarsi nullo, o se e quale responsabilità possa derivarne a carico dei possessori stessi.

179. — Questo argomento delle cautele ordinate dalla legge a carico di coloro che assumono il possesso temporaneo dei beni dell'assente, ha dato luogo ad un dubbio; il quale del resto si estende a tutto il procedimento concernente la dichiarazione di assenza e l'immissione in possesso. Le spese, che i presunti eredi sostengono per conseguire prima la dichiarazione di assenza, e poscia il possesso dei beni dell'assente, comprese quelle per l'inventario, per la cauzione, per la vendita dei mobili, debbono rimanere a carico degli eredi stessi, oppure hanno essi il diritto di ripeterne eventualmente il rimborso dall'assente, in caso ch'egli ritorni, o da coloro che per qualunque titolo lo rappresentino legittimamente?

Il codice Francese nel terzo paragrafo dell'articolo 126, dopo avere dichiarato che gl'immessi in possesso potevano *per loro cautela* fare istanza affinchè, col mezzo di un perito nominato dal tribunale *si procedesse alla visita degli stabili, all'effetto di verificarne lo stato*, disponeva espressamente che " *le spese saranno dedotte dai beni dell'assente* „. E da ciò era naturale argomentare che anche ogni altra spesa occasionata dalla dichiarazione d'assenza, e dall'immissione in possesso provvisionale, dovesse rimanere a carico del patrimonio dell'assente; poichè se ciò era ritenuto dalla legge quanto a spese fatte principalmente *nell'interesse dei possessori — per loro cautela*, come diceva il testo dell'art. 126 — tanto più si doveva ammetterlo per le altre spese sostenute per l'interesse dell'assente medesimo. Nel codice Italiano, come già notammo, non vi è più una disposizione che corrisponda al terzo paragrafo dell'art. 126 del codice Napoleone, essendosi invece stabilito che oltre all'inventario dei beni mobili gl'immessi in possesso *siano*

tenuti a far procedere alla descrizione degl'immobili dell'assente; e nessun testo vi è che neppure indirettamente accenni a carico di chi debbano stare le spese di dichiarazione dell'assenza, d'immissione in possesso, d'inventario, di cauzione, di vendita dei beni mobili.

È osservabile, innanzi tutto, come una tale questione, nascente dal silenzio della legge su questo proposito, non possa in pratica presentarsi, se non quando, cessata l'assenza, coloro ch'erano stati posti in possesso temporaneo dei beni siano tenuti a restituirli all'assente ritornato, od ai suoi rappresentanti od aventi causa, od a quelli che siano i veri eredi di lui in relazione al tempo in cui sia provato esserne avvenuta la morte. È solo allora che i possessori, ai quali senza dubbio ha dovuto incombere l'onere di anticipare le spese occorrenti per ottenere l'immissione in possesso, quando poi sono chiamati a rendere conto della loro gestione, possono addurre la pretensione di conseguire il rimborso di quelle spese iscrivendole a carico dell'amministrazione nel rendiconto.

Non ostante l'argomento offerto, come sopra accennammo, dall'art. 126 § 3° del codice Francese, per ritenere che le spese cagionate dalla dichiarazione di assenza e dall'immissione in possesso provvisionale dei beni fossero da porsi a carico del patrimonio dell'assente, verso il quale gl'immessi in possesso avessero diritto di domandarne il rimborso; l'opinione contraria ebbe però da principio l'appoggio d'un'autorità insigne, e fu detto che " la ragione " n'è semplice, perchè quelle spese sono state fatte *nell'in-" teresse dell'erede presuntivo,* il quale pertanto non può " ripeterle, essendone d'altra parte ampiamente inden- " nizzato col diritto di ritenere a proprio profitto quattro " quinti dei frutti „ (1). In tal senso decise pure qualche Corte d'appello di Francia.

Qualche altro autore pensò che si facesse luogo a di-

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 131.

videre le spese predette tra l'assente e gl'immessi in possesso, avuto riguardo all'interesse che l'uno e gli altri avevano negli atti compiuti; e taluno ancora avvisò che dovessero stare a carico dell'assente le spese relative alla sentenza di dichiarazione dell'assenza, ed a carico dei possessori quelle della loro immissione in possesso (1).

Ma un numero assai maggiore di scrittori, e segnatamente tutti i più recenti, respinsero come assolutamente arbitraria la distinzione con cui si sarebbero volute addossare le spese in parte all'assente, in parte ai possessori; e fondandosi, non solo sull'argomento che potevasi dedurre dal testo dell'art. 126 § 3° del codice Napoleone, ma eziandio sui principii generali di diritto, sostennero che al solo assente dovessero quelle spese far carico.

“ La missione dei possessori — dissero quei giureconsulti — partecipa ad un tempo dei caratteri del mandato, della tutela e della gestione d'affari. Ora, per nessuno di questi titoli gl'immessi in possesso debbono rimettere qualche cosa del proprio. Si osserva che l'amministrazione è ad essi conferita pure, e principalmente anzi, nel loro proprio interesse. Così è indubbiamente; ma non si ha da rivolgere in loro danno ciò che la legge ha fatto in loro favore. Aggiungasi, in fine, che se fosse altrimenti, potrebbe avvenire che gl'immessi in possesso riuscissero perdenti sul proprio patrimonio, qualora l'assente venisse a ricomparire poco tempo dopo pronunciata l'immissione, e prima che i possessori avessero potuto percepire rendite sufficienti per compensarli delle spese sostenute.

“ Quanto ai frutti, essi sono accordati agli eredi, non già per risarcirli delle spese sostenute, ma per stimolarli ad assumere una gestione, di cui nessuno vorrebbe incaricarsi se non vi fosse annesso alcun profitto. D'altro

(1) V. Plasman, *Code et traité des absents*, t. I, p. 215-228; Moly, *Traité des absents*, n. 431, 432.

" lato, è stabilito nell'art. 1999 (1753 del codice italiano)
" che il mandante debba rimborsare al mandatario, an-
" corchè retribuito, le anticipazioni e le spese che questi
" abbia fatte per l'esecuzione del mandato „ (1).

Uno dei nostri scrittori ha stimato di potere riproporre sotto altra forma quella dottrina intermedia, censurata dai più come arbitraria, che consisteva nel non porre le spese occasionate dalla dichiarazione d'assenza e dalla immissione in possesso temporaneo a carico totale nè dell'assente nè degl'immessi in possesso; ma secondo qualcuno nel dividerle in parti eguali tra essi, secondo qualche altro nell'addossare le spese della dichiarazione d'assenza all'assente, e quelle della immissione in possesso a coloro che la ottennero. Se non che, mentre almeno queste massime avevano il merito della precisione, il nostro autore vi sostituiva l'altra che " le spese occorse per i provvedi-
" menti necessari durante la presunzione di assenza, per
" la dichiarazione di questa, per l'immissione in possesso
" temporaneo dei beni, e per l'inventario e la descrizione
" dei mobili, *debbono sopportarsi e dagl'immessi al possesso*
" *temporaneo e dall'assente, in ragione della rispettiva utilità*
" *che ne hanno ritratta* „ (2).

Lasciamo da parte ciò che riguarda *le spese occorse per i provvedimenti necessari durante la presunzione di assenza*. Non è di queste che si tratti ora; e quanto ad esse, è poi troppo evidente che non potrebbero stare che a carico totale del patrimonio dell'assente. È unicamente a scopo di conservazione del patrimonio di lui che quelle spese sono state fatte; e sarebbe assai singolare l'idea, che ricomparendo l'assente presunto, e riassumendo l'amministrazione di tutto il suo patrimonio conservato col mezzo di quelle spese, ed accresciuto di tutti i redditi nel frat-

(1) V. Delvincourt, t. I, p. 51, nª 14; Duranton, t. I, n. 476; Zachariae, § 154, nª 20; Marcadé, art. 126, § 4, t. I, n. 408; Demolombe, t. II, n. 99; Aubry e Rau, t. I, § 154, nª 3; Laurent, t. II, n. 174.

(2) V. Pacifici-Mazzoni, *Istit.*, 3ª ed., vol. II, n. 105, nª 2.

tempo percetti, egli però potesse riversare una parte delle spese predette a carico dei suoi eredi presuntivi, che nessun profitto hanno avuto dai beni di lui. Ma, stando pure al caso in cui la questione ha ragione d'essere, in quello cioè della dichiarazione d'assenza e della immissione dei presunti eredi nel possesso temporaneo dei beni, ci sembra evidente che la teoria dell'egregio scrittore creerebbe pei possessori provvisionali una posizione tutt'altro che ben definita; giacchè dovrebbero essi sopportare *una parte delle spese proporzionate all'utilità che avrebbero ritratta dalla dichiarazione d'assenza e dalla immissione in possesso.* Ora, nessuna utilità ne ritraggono essi certamente, quanto alla sostanza capitale del patrimonio lasciato dall' assente, poichè ritornato lui, o provata la sua esistenza, debbono restituire tutti i beni, di cui non sono stati che amministratori (art. 33, cod. civ.). Tutta l'utilità si limita *alle rendite,* che i possessori hanno fatte proprie, secondo gli articoli 30 e 31. Dovrebbe dunque intendersi che quando gl'immessi in possesso fossero gli ascendenti, i discendenti od il coniuge, le spese di dichiarazione d'assenza e d'immissione in possesso avessero da rimanere totalmente a loro carico, e quando fossero i collaterali, avessero a sopportarle per quattro quinti, o per due terzi, secondo i casi? Sarebbe però anche qui, per quanto ci sembra, molto strano che l'onere delle spese si avesse a ripartire in ragione del profitto ottenuto pel godimento delle rendite, mentre il vantaggio derivato da tali spese — e più specialmente da quelle d'inventario, di cauzione, di vendita dei mobili — riguarda invece la conservazione della sostanza capitale del patrimonio, che ritorna tutto intiero all'assente, od a chi per lui, rimanendone privi coloro che avevano ottenuta l'immissione in possesso temporaneo.

Ma sentiamo le ragioni colle quali il lodato autore combatte l'opinione che le spese siano da porsi totalmente a carico dell'assente.

“ Il codice civile patrio — egli osserva — non contiene

" disposizione neppure analoga a quella dell'articolo 126,
" codice Napoleone; nè reputiamo che gl'immessi in pos-
" sesso siano da equipararsi ai mandatari, nè è vero che
" l'attribuzione totale o parziale delle rendite sia loro fatta
" dalla legge per allettarli ad assumere l'amministrazione
" dei beni dell'assente, e a titolo di compenso delle loro
" cure. Crediamo invece fermamente che gl'immessi agi-
" scano, non pure nell'interesse dell'assente, ma in una
" misura notevole nell'interesse proprio. Adunque, se l'in-
" teresse è comune all'assente ed agl'immessi in possesso,
" e comune è l'utilità, perchè non dovranno essere comuni
" le spese? „

Non ci sembrano però troppo difficili le risposte. Se la disposizione dell'art. 126 § 3° del codice Francese, non riprodotta nel nostro, fosse stata l'unico appoggio della dottrina professata dalla grandissima maggioranza degli autori francesi, non sarebbe da esitarsi a respingerla. Ma quella dottrina si fondava precipuamente sui principii generali di diritto. È pertanto di questi principii, che bisogna occuparsi; e sono le deduzioni tratte da essi, che devono essere combattute da chi avversa quella dottrina. Che quando i presunti eredi promuovono la dichiarazione di assenza, e chiedono la immissione in possesso temporaneo dei beni, agiscano per l'interesse proprio, anzichè per quello dell'assente, è verissimo, e noi pure lo riconoscemmo; ma osservammo nel medesimo tempo che, per quanto riguarda l'amministrazione dei beni, il possesso accordato ai presunti eredi può assumere caratteri eventualmente diversi (1). E qualora l'assente ritorni, o ne sia provata l'esistenza, o sia provato che la morte ne sia avvenuta in tal tempo che la eredità debba devolversi a persone altre da quelle che ottennero il possesso temporaneo, le quali perciò siano obbligate a restituire la sostanza capitale, e secondo i casi, anche una parte delle

---

(1) V. sopra, n. 163, p. 614, 615.

rendite, il possesso e l'amministrazione sono da reputarsi esercitati in nome e nell'interesse dell'assente medesimo, o dei suoi veri eredi od aventi causa, ai quali i possessori debbono perciò rendere il conto della loro gestione; mentre invece se l'assente sia morto, e gl'immessi in possesso dei beni siano anche i veri eredi, il possesso medesimo e l'amministrazione sono da considerarsi come tenuti nel solo loro interesse. Nel primo dei predetti casi è quindi impossibile negare agl'immessi in possesso la qualità di *mandatari legali* per l'assente o per chi lo rappresenta. Ora, non è da dimenticarsi quanto avvertimmo in principio di questo numero; che cioè la questione, di chi debba sopportare il carico delle spese occasionate dalla dichiarazione di assenza e dalla immissione in possesso temporaneo dei beni, si presenta appunto solamente quando, cessata l'assenza, i possessori si trovano a fronte dell'assente ritornato o dei suoi rappresentanti od aventi causa, ai quali debbono restituire i beni e rendere conto della propria gestione. Allora pertanto, e in questi rapporti, non si può disconoscere negl'immessi in possesso la qualità, in cui si presentano, di amministratori di beni altrui, di *mandatari legali*. È quindi perfettamente logica l'applicazione anche in questo caso, della regola generale relativa al mandato; il quale sebbene retribuito, lascia luogo a potersi dal mandatario ripetere inoltre il rimborso di tutte le spese che in tale qualità abbia sostenute. Che importa dunque l'osservare che l'attribuzione totale o parziale delle rendite dei beni dell'assente, in favore di coloro che ne sono immessi in possesso, non costituisce un vero compenso voluto dare ai possessori medesimi per l'amministrazione da essi tenuta, nè un semplice allettativo per indurli ad assumerla? È vero ad ogni modo che quel godimento di rendite non è dato ai possessori per indennizzarli delle spese ch'essi fanno; è vero ad ogni modo che se le spese occasionate dalla dichiarazione di assenza e dalla immissione in possesso dovessero rimanere a carico dei

possessori predetti, verrebbesi indirettamente a privarli di una parte di quelle rendite che la legge volle concedere a loro benefizio, e talvolta potrebbe anzi verificarsi che nessun profitto ne conservassero, od anche subissero perdite nel proprio patrimonio. E questi, teoricamente e nel silenzio della legge positiva, ci sembrano argomenti decisivi.

Riteniamo pertanto che tutte le spese occasionate dalla dichiarazione di assenza e dall'immissione in possesso temporaneo, allorchè poi l'assente ritorni, o venga a provarsi la sua esistenza, o il tempo in cui ne sia avvenuta la morte, e gl'immessi in possesso debbano restituire i beni e render conto della loro gestione, vanno poste a carico del patrimonio dell'assente medesimo; e i possessori hanno quindi il diritto al rimborso di quelle spese computandole nella parte passiva del rendiconto.

B

Dell'amministrazione de' beni dell'assente e dell'esercizio delle ragioni di lui in giudizio.

cerne la sospensione della prescrizione, sia da aversi riguardo alla condizione dell'assente, od a quella dei possessori. — 192. Rapporti degl'immessi in possesso, coi creditori dell'assente. — 193. Se i creditori personali degl'immessi in possesso possano esercitare i diritti di questi relativamente ai beni dell'assente.

180. — " L'immissione nel possesso temporaneo attri-
" buisce a coloro che la ottengono ed ai loro successori
" l'amministrazione dei beni dell'assente, il diritto di pro-
" muoverne in giudizio le ragioni (art. 28, codice civile).

" Dopo la immissione temporanea nel possesso dei beni,
" chiunque ha ragioni da far valere contro l'assente, deve
" proporle contro coloro che hanno ottenuta l'immissione
" in possesso „ (art. 35, codice civile).

In queste due disposizioni si racchiudono i principii fondamentali adottati dal legislatore relativamente all'amministrazione dei beni ed alla rappresentanza dell'assente in giudizio.

Ma qual'è precisamente la qualità giuridica in cui gl'immessi in possesso esercitano queste attribuzioni conferite loro dalla legge? Amministrano essi, e compariscono in giudizio come attori o come convenuti, in veste di mandatari legali dell'assente e quali rappresentanti di lui, ovvero in nome proprio? Intorno a ciò, già accennammo prima d'ora le idee fondamentali che ci sembrano da adottarsi. Dimostrammo infatti che l'immissione in possesso temporaneo dei beni dell'assente è un istituto di indole affatto speciale, creato principalmente nell'interesse dei presunti eredi, a cui quel possesso viene conceduto, non fondato sopra una presunzione di morte dell'assente, non assimilabile ad un aprimento neppure provvisorio della successione di lui, ma costituente ciò nonostante un vero diritto reale stabilito per legge sui beni dell'assente a profitto dei suoi presunti eredi. Se non che, questo diritto cessando qualora, ricomparso l'assente o provata l'esistenza di lui, venga tolta così la incertezza che dava fondamento al possesso temporaneo degli eredi, e questi allora trovandosi a fronte dell'assente stesso, o di chi lo rappresenta, che non cessò

mai d'essere il vero proprietario dei beni da loro temporaneamente posseduti; è ovvio che i rapporti tra possessore e proprietario debbano in tale evento essere regolati colle norme che sono proprie appunto del possesso esercitato precariamente su beni altrui, che perciò gli atti di amministrazione compiuti siano da reputarsi fatti nell'interesse e in nome dell'assente ricomparso, e per lui debbano produrre i loro effetti di diritti e di obbligazioni; e che parimenti i giudizi, nei quali i possessori abbiano promosse o difese le ragioni dell'assente, abbiano a riguardarsi come sostenuti in rappresentanza di lui, al quale pertanto giovino e siano opponibili le sentenze che siano state pronunciate (1). Così avviene che i caratteri del possesso, esercitato in origine dai presunti eredi in virtù di un diritto speciale ad essi conferito dalla legge, e quindi pel proprio interesse, e in proprio nome, possa eventualmente trasmutarsi con effetti retroattivi in un possesso precario; che l'amministrazione praticata dagli eredi stessi pel vantaggio proprio, relativamente ai beni che a loro stessi già appartengono nella ipotesi che la incertezza dell'esistenza dell'assente si risolva colla prova dell'avvenuta morte di lui, abbia invece nel caso contrario, della ricomparsa, o di prova della vita dell'assente, a convertirsi in un'amministrazione tenuta a nome d'altri quali semplici mandatari; che le azioni promosse o le difese sostenute in giudizio delle ragioni dell'assente, fatte valere dagl'immessi in possesso per loro utilità, abbiano eventualmente da reputarsi esercitate in nome ed a profitto dell'assente medesimo, nel caso ch'egli ritorni, o sia provato che viva, o che è morto in tempo nel quale altre persone, diverse dagl'immessi in possesso, ne sarebbero state eredi. È questa pure una delle singolarità che presenta questa speciale materia, in cui la necessità delle cose costringe a fare eccezione sotto tanti aspetti ai principii comuni di diritto. Ed è solo in questo senso, subordinata-

(1) V. sopra, n. 163, p. 608-615.

mente cioè al caso di ricomparsa o prova dell'esistenza dell'assente, che gl'immessi in possesso sono da reputarsi averlo esercitato precariamente, ed avere amministrati i beni, e promosse o difese in giudizio le ragioni dell'assente in nome di lui, e in virtù di un *mandato* conferitone loro dalla legge.

Ma finchè dura l'assenza, e quindi l'incertezza dell'esistenza della persona, gl'immessi in possesso agiscono, sia nell'amministrare i beni, sia nel comparire in giudizio come attori o come convenuti, per loro stessi e in virtù del diritto che loro ne dà la legge; nè hanno bisogno di compiere gli atti di amministrazione o di presentarsi in giudizio a nome dell'assente e quali mandatari di lui, ma basta che accennino la qualità d'immessi in possesso dei beni dell'assente medesimo, dalla quale deriva loro per disposizione della legge il diritto in virtù di cui essi operano. In questo senso sono infatti anche le espressioni usate dal legislatore, il quale non ha mai accennata l'idea del *mandato*, ma invece ha parlato sempre di diritti che conferisce ai presunti eredi dell'assente in conseguenza del possesso, in cui vengono immessi, dei beni di lui. Così nell'art. 28 ha dichiarato che " l'immissione nel possesso temporaneo *attribuisce* " *a coloro che la ottengono, ed ai loro successori l'amministra-* " *zione dei beni dell'assente, e il diritto di promuoverne in* " *giudizio le ragioni* „. E nell'art. 35 ha detto parimenti che " dopo la immissione temporanea nel possesso dei beni " *chiunque ha ragioni da far valere contro l'assente deve pro-* " *porle contro coloro che hanno ottenuta l'immissione in pos-* " *sesso* „.

181. — Il codice Francese parlava soltanto genericamente *dell'amministrazione* dei beni dell'assente conferita agli immessi nel possesso temporaneo. Perciò i commentatori ritenevano come massima generale che codesti possessori potessero fare, senza bisogno di ottenerne autorizzazione giudiziale — sempre però sotto la loro responsabilità

personale verso l'assente che ricomparisse, o verso gli aventi causa da lui — *qualunque atto relativo ai beni* dello assente medesimo. Ma eccettuavano, ritenendo necessaria l'autorizzazione giudiziale, 1° “ gli atti di disposizione a “ titolo gratuito di qualunque specie di beni; 2° gli atti di “ disposizione, sebbene a titolo oneroso, che contenessero “ alienazione diretta o indiretta di beni immobili o diritti “ immobiliari; 3° gli atti che, senza rientrare necessaria- “ mente e direttamente nell'amministrazione dei beni del- “ l'assente, fossero di tal natura da aggravare l'insieme del “ patrimonio di lui „ (1).

Il legislatore italiano ha data una disposizione più particolare, statuendo nel secondo paragrafo dell'art. 29 che coloro dai quali sia ottenuta l'immissione nel possesso temporaneo “ *non potranno senza l'autorizzazione giudiziale* “ *fare alcun atto eccedente la semplice amministrazione* „. Donde è ovvio argomentare che dunque possano fare liberamente tutti gli atti che stiano nei limiti dell'amministrazione ordinaria. Per tali s'intendono tutti quelli che occorrono per conservare i beni, migliorarli, renderli produttivi dei frutti naturali o civili di cui sono suscettibili, percepire i frutti medesimi, e fare le spese necessarie per questi diversi oggetti. Eccedono invece l'amministrazione semplice quegli atti pei quali si alienino i beni, o in qualunque modo se ne disponga.

Tra gli atti, che sono in facoltà libera degli immessi in possesso, debbono dunque annoverarsi in primo luogo tutti quelli che riguardano la conservazione dei beni dell'assente. Intorno a ciò non può esservi dubbio; la conservazione dei beni essendo necessaria tanto nell'interesse dei possessori, quanto in quello dell'assente medesimo o dei suoi veri successori, pel caso ch'egli ricomparisca, o ne sia provata la esistenza, o ne sia provata la morte avvenuta in tal tempo che persone diverse da quelle le quali ottennero l'immis-

---

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 153, 1.

sione in possesso abbiano a raccoglierne l'eredità. Che anzi per questi ultimi casi appunto, nei quali i presunti eredi al tempo da cui partiva la presunzione di assenza, si troverebbero aver posseduti precariamente i beni, e dovrebbero render conto della propria gestione all'assente medesimo od a chi per lui, le cure di conservazione dei beni divengono più che un diritto, una obbligazione, del cui inadempimento quei possessori sarebbero risponsabili secondo le norme di cui parleremo appresso. È incontestabile pertanto che spetta agli immessi in possesso, indipendentemente da qualsiasi autorizzazione giudiziale, il provvedere con tutti gli atti necessari od utili alla conservazione dei beni dell'assente; salva sempre la loro eventuale responsabilità verso di lui, o verso chi legittimamente lo rappresenti, così per la ommissione, come per la mala esecuzione di tali provvedimenti. Nè in ciò vi è far distinzione tra le semplici riparazioni locative, ordinarie e straordinarie. Tale distinzione può aver luogo soltanto per ciò che riguarda l'onere delle spese relative; ed è argomento che tratteremo in fine di questo numero.

È pure di natura sua un atto di semplice amministrazione, e può sotto qualche aspetto considerarsi come attinente alla conservazione del patrimonio, l'esigere a tempo debito i capitali, rilasciarne quitanza e provvedere al rinvestimento. Quando si tratta dell'amministrazione dei beni di persone incapaci, la legge parifica talvolta la riscossione dei capitali ad atti eccedenti la semplice amministrazione, ed esige l'adempimento di certe formalità per ovviare i pericoli a cui tali atti possono dare occasione in danno degli incapaci medesimi (art. 134, 225, 296, 318, 329, 339, codice civile).

Ma qui non si tratta del patrimonio d'un incapace, bensì di beni dati in possesso ed amministrazione a coloro che secondo le maggiori probabilità sono già attualmente i veri proprietari dei beni medesimi, e l'eventuale interesse dell'assente è guarentito dalla cauzione, senza la quale, o senza

altre cautele suppletive da ordinarsi dal tribunale, non può essere conseguita l'immissione in possesso (art. 26 § 4, 27, codice civile). La legge non ha quindi ordinata nessuna speciale precauzione relativamente alla riscossione dei capitali dell'assente; ha dichiarato soltanto che senza l'autorizzazione giudiziale non possono farsi dagl'immessi in possesso *gli atti eccedenti la semplice amministrazione;* e questo della riscossione dei capitali essendo per l'indole sua da comprendersi tra gli atti di amministrazione ordinaria, può sempre farsi dai possessori senza che siano soggetti a chiederne autorizzazione (1). Ben s'intende che qualora i presunti eredi dell'assente si trovassero in condizione di non poter prestare una cauzione congrua, tra le cautele che il tribunale avrebbe facoltà di ordinare, secondo il citato art. 27, potrebb'esservi anche quella di vietare ai chiedenti l'immissione in possesso di esigere i capitali dell'assente senza averne riportata l'autorizzazione del tribunale stesso, che stabilisse pure le condizioni da osservarsi nel reimpiego.

Non solo la conservazione, ma eziandio il miglioramento dei beni va compreso tra gli uffici ordinari di buona amministrazione. E perciò non potrebbero riguardarsi come illegittimamente compiuti gli atti degl'immessi in possesso temporaneo dei beni dell'assente, allo scopo di migliorarli. Qui pure la questione non potrebbe cadere fuorchè sulle spese, che i possessori volessero porre a carico del patrimonio dell'assente, quando fossero tenuti a restituirlo, pel ritorno o per le avute notizie di lui; ma su questi punti ci riserbiamo, come sopra avvertimmo, di esporre più tardi qualche osservazione.

È indubbiamente un atto di amministrazione semplice quello di dare ad altri in locazione i fondi rustici e le case, che facciano parte del patrimonio dell'assente; ed anche

---

(1) V. Demolombe, t. II, n. 106; Aubry e Rau, t. I, § 153, nª 8; Laurent, t. II, n. 175.

questo è quindi uno degli atti che gl'immessi in possesso temporaneo hanno facoltà di fare senza bisogno d'esservi autorizzati giudizialmente. Era però controverso in diritto francese se gl'immessi in possesso provvisionale avessero facoltà di dare a fitto i beni dell'assente per qualunque tempo, o se la locazione pattuita per più di un novennio non obbligasse per l'eccedenza di questo termine l'assente ritornato, od i suoi successori od aventi causa. Insegnarono alcuni che trattandosi d'un atto d'amministrazione, e non essendovi limitazione stabilita relativamente alla locazione dei beni dell'assente da un testo di legge, il potere degli immessi in possesso fosse da reputarsi libero intorno a ciò, e la locazione pattuita dovesse essere rispettata, per qualunque ne fosse la durata, anche dall'assente o dai suoi rappresentanti (1). Altri opinavano che avendo il legislatore con molte disposizioni, riguardanti il tutore, il minore emancipato, l'usufruttuario, il marito amministratore dei beni della moglie, dimostrato di non considerare le locazioni come atti di amministrazione semplice, se non quando non eccedessero la durata di nove anni, questo termine dovesse quindi osservarsi anche per le locazioni convenute dagl'immessi in possesso come amministratori dei beni dell'assente (2). Secondo un'altra opinione, non essendovi un testo speciale, che vietasse agli immessi in possesso di contrattare locazioni per un tempo maggiore di nove anni, " la questione non doveva essere decisa che in fatto ed a " norma delle circostanze; e qualora nella specie la locazione, sebbene più che novennale, fosse stata fatta in " *buona fede*, e questa maggiore durata ne fosse giustificata " da motivi legittimi, i magistrati avrebbero dovuto mantenerla " (3).

---

(1) V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit*, ecc., t. I, n. 54; Zachariae, t. I, § 154, I, n^a 11; Aubry e Rau, t. I, § 153, n^a 10.

(2) V. Duranton, t. I, n. 490; Marcadé, art. 128, § 5, t. I, n. 426; Laurent, t. II, n. 176.

(3) V. Demolombe, t. II, n. 105.

La quistione però ci sembra chiaramente risoluta dal codice Italiano, il quale nell'art. 1572 ha stabilito in modo generale ed assoluto: " La locazione che eccede i nove " anni, non è permessa a coloro i quali non possono fare " se non gli atti di semplice amministrazione „. Combinando dunque questa disposizione coll'altra dell'art. 29, § 2, dalla quale è stabilito che gli immessi in possesso temporaneo dei beni dell'assente " non possono, senza l'autoriz- " zazione giudiziale, fare alcun atto eccedente la semplice " amministrazione „ ne risulta evidente la necessità della autorizzazione giudiziale perchè i possessori provvisionali di quei beni, possano darli a fitto per tempo maggiore di nove anni. Pel tempo che eccedesse tale durata, computata dal giorno in cui avesse avuto principio la locazione convenuta dagli immessi in possesso temporaneo, essa non avrebbe efficacia a fronte dell'assente ritornato, o dei suoi successori od aventi causa.

È superfluo dire che la locazione dei beni è una facoltà, non un obbligo degli immessi in possesso temporaneo; salva sempre la responsabilità loro verso l'assente o chi lo rappresenti, a concorrenza di quella parte di rendite che in certi casi dev'essere a lui riservata, qualora omettendo la diligenza propria di buon padre di famiglia, non avessero tratti dai beni quei frutti di cui sarebbero stati suscettibili. Con questa limitazione, è indubitabile che gl'immessi in possesso potrebbero abitare essi stessi la casa dell'assente, condurre ad economia i fondi, esercitare le cave, miniere e torbiere già aperte, e gli stabilimenti commerciali o industriali che si trovassero nel patrimonio dell'assente, e fare insomma tutto ciò che reputassero opportuno per trarre dal patrimonio stesso i frutti di qualunque specie che può produrre.

Abbiamo notato che tra gli atti di amministrazione semplice è da comprendersi anche il fare tutte le spese ch'essa rende necessarie; sia per conservare i beni e migliorarli, sia per renderli produttivi dei frutti di cui sono capaci, e

percepire i frutti medesimi. E neppure ciò lascia luogo a dubbio. Ai possessori, ai quali l'art. 28 del codice civile attribuisce il diritto di amministrare i beni, deve per conseguenza spettare eziandio di far le spese indispensabili a tale scopo. A loro, che secondo il medesimo articolo, promuovono in giudizio le ragioni dell'assente, e secondo l'art. 35 sono i contradditori legittimi di chiunque abbia ad intentare azioni contro l'assente; a loro incombe dunque di provvedere alle spese occorrenti all'uopo. Nè possono abbisognare di speciale autorizzazione del tribunale per esercitare diritti e compiere uffici ad essi demandati direttamente dalla legge. Se qualche difficoltà può presentarsi, è unicamente quanto a stabilire se codeste spese debbano poi andare a carico del patrimonio dell'assente, od a carico degli immessi in possesso; e se quindi questi ultimi possano, o no, portare le spese medesime nel conto da rendersi all'assente in caso ch'egli ricomparisca.

È fuori d'ogni contestazione possibile che le spese di amministrazione non hanno da ricadere a detrimento del patrimonio particolare degli immessi in possesso; a danno dei quali non può essere rivolto ciò che la legge volle loro concedere come un diritto ed un benefizio. O sui frutti, od altrimenti sulla sostanza capitale dei beni dell'assente, i possessori devono dunque sempre trovare il mezzo per rimborsarsi delle spese che abbiano sostenute. Ma di quali spese si fa luogo a conseguire il rimborso sulla sostanza capitale, di quali solamente sulle rendite? E in quest'ultimo caso, è sulla sola parte di esse riservata in certi casi per l'assente, o sulla sola parte che i possessori ritengono a loro profitto, o in proporzione sulle une e sulle altre, che l'onere di tali spese deve ricadere? In ciò consiste tutta la difficoltà dell'argomento che ora trattiamo. Ed a tale proposito ci sembra necessario, innanzi tutto, distinguere tra le diverse specie di spese che nell'amministrare il patrimonio dell'assente possono occorrere.

Se si tratta delle spese generali, che bisogna sopportare

per le operazioni complessive dell'amministrazione patrimoniale, è chiaro dover esse detrarsi dalle rendite, a realizzare le quali quelle spese sono state necessarie; è chiaro quindi altresì che una tale detrazione devono subire tanto le rendite che gl'immessi in possesso ritengono a loro profitto, quanto quelle quote che in date circostanze debbono essere riservate per l'assente, secondo l'art. 31 del codice civile. Ma non è nemmeno da pensarsi che le spese generali d'amministrazione debbano portarsi a carico ed a diminuzione della sostanza capitale del patrimonio.

Tra le spese speciali poi, che nell'amministrare il patrimonio possono occorrere per determinati oggetti, sono da considerarsi principalmente quelle per le riparazioni, che si rendano necessarie in qualcuno dei beni, e particolarmente degl'immobili, lasciati dall'assente. Sebbene, come osservammo superiormente, il provvedere alle riparazioni, di qualunque natura esse siano, debba sempre annoverarsi tra gli atti di amministrazione semplice, senza distinguere se si tratti soltanto delle riparazioni di piccola manutenzione, che si dicono *locative* perchè stanno a carico degl'inquilini (art. 1604, codice civile), o di riparazioni di grossa manutenzione, ma *ordinaria*, alle quali è tenuto un usufruttuario (art. 501, codice civile), o di riparazioni *straordinarie*, a cui deve sempre provvedere il proprietario (articolo 504, codice civile); queste distinzioni però non possono essere trascurate allorchè si tratta di determinare se le spese sostenute per riparazioni debbano andare a carico delle rendite, o della sostanza capitale dei beni lasciati dall'assente.

Le riparazioni di piccola manutenzione sono a carico degli inquilini, se le case che appartengono all'assente sono affittate, a norma del citato art. 1604 del codice civile. E per la stessa ragione, se quelle case sono godute per abitazione dagli immessi in possesso temporaneo, spetta a loro di provvedere a proprie spese a tali riparazioni.

Quelle di manutenzione non piccola, ma *ordinaria*,

appunto perchè tali, debbono riguardarsi come onere inerente al godimento dei frutti. È questa una massima di ragion naturale, osservata praticamente in ogni regolare amministrazione, perchè nessuno buon padre di famiglia intacca la sostanza capitale per provvedere a quelle spese di riparazioni che si riproducono costantemente e periodicamente in via ordinaria, quantunque per oggetti diversi e in misura variabile; nè considera come rendite disponibili fuorchè quelle che rimangono, depurate che siano le rendite lorde da queste spese ordinarie e costanti. E su questo ordine d'idee è fondata appunto la disposizione dell'art. 501 del codice, che dichiara tenuto l'usufruttuario alle *riparazioni ordinarie*. Esse dunque — al pari dei carichi annuali, come tributi, canoni, ed altri pesi, che secondo la consuetudine gravano i frutti (arg. art. 506, cod. civ.) — debbono essere imputate a diminuzione delle rendite, e perciò ricadono intieramente a carico degl'immessi in possesso temporaneo, quando appartiene a loro il godimento della totalità delle rendite; o altrimenti si ripartiscono in proporzione sulle rendite ritenute a proprio profitto dai possessori, e su quelle riservate all'assente.

Le *riparazioni straordinarie* formano un carico della proprietà, e vanno quindi a diminuzione della sostanza capitale del patrimonio, salvo doverne subire le conseguenze, nella corrispondente diminuzione delle rendite, anche coloro ai quali temporaneamente spetti il godimento delle rendite stesse (arg. art. 502, 503, cod. civ.). Quindi, se gli immessi in possesso temporaneo abbiano in loro mani somme capitali appartenenti all'assente, che bastino per le spese di grosse riparazioni, possono — in virtù del loro diritto di amministrazione, e indipendentemente da autorizzazione giudiziale — impiegare in tale oggetto quelle somme, ed hanno diritto di computarle poi nel passivo del conto, che eventualmente abbiano a rendere all'assente ricomparso, od a chi lo rappresenti. Se non vi siano capitali disponibili, e bisogni ricorrere per le grosse riparazioni ad altri mezzi,

questi si attueranno a carico della sostanza capitale, e si potrà, secondo i casi, provvedervi anche coll'alienare qualche parte dei beni, o col contrarre un mutuo; pei quali atti però diverrà necessaria, a termini dell'art. 29 § 2°, codice civile, l'autorizzazione giudiziale. Qualora si adotti il mezzo dell'alienazione, gl'immessi in possesso verranno per ciò stesso a concorrere, per la parte che loro spetta, colla perdita del godimento delle rendite che i beni alienati producevano. Qualora invece si contragga un mutuo, gli interessi da pagarsi produrranno diminuzione corrispondente delle rendite del patrimonio, a danno quindi dei soli possessori, se ad essi appartenga il godimento totale delle rendite medesime, e dei possessori e dell'assente o di chi per lui, in proporzione delle rendite rispettivamente spettanti, se una parte dev'esserne riservata a pro dell'assente.

Vi è un solo caso, in cui le spese di grosse riparazioni dovrebbero essere sopportate in proprio dagli immessi in possesso temporaneo; quando il bisogno di quelle straordinarie riparazioni fosse stato cagionato esclusivamente da loro colpa, per aver essi trascurato di eseguire a tempo debito, servendosi delle rendite, le riparazioni ordinarie (arg. art. 501, cod. civ.) (1).

Quanto alle spese che siano state fatte dagli immessi in possesso temporaneo per opere, non di semplice conservazione, ma di miglioramento dei beni, i principii da seguirsi sono naturalmente diversi da quelli che accennammo per le spese di riparazioni. Anche qui però ci sembra necessaria una distinzione. Per quei piccoli ordinari miglioramenti, che ogni buon padre di famiglia procura di fare ai beni, impiegandovi una modica parte delle rendite, non reputeremmo che gli immessi in possesso temporaneo, quando avessero poi da restituire i beni all'assente ricomparso, od a chi lo rappresentasse, potessero pretendere di

---

(1) V. Delvincourt, t. I, p. 52, nª 8; Duranton, t. I, n. 475; Zachariae, t. I, § 155, nª 5; Demolombe, t. II, n. 127; Aubry e Rau, t. I, § 154.

portarne in conto le spese come debito della sostanza capitale del patrimonio. Essi hanno agito da buoni amministratori impiegando una parte delle rendite nel migliorare i beni che erano loro affidati; e ciò dà loro naturalmente il diritto di esigere che anche quella parte di rendita, la quale sia riservata a profitto dell'assente ricomparso, subisca una proporzionale diminuzione corrispondente allo ammontare di quelle spese. Ma il pretendere di più, il voler portare tali spese a diminuzione della sostanza capitale, verrebbe contro il fatto proprio degli immessi in possesso, e costituirebbe un lucro maggiore, che essi vorrebbero conseguire pel fatto che l'assente è ritornato, o se ne sono avute notizie. Qualora invece si tratti di grandi miglioramenti, la cui importanza sia tale che un amministratore di ordinaria diligenza non li avrebbe fatti a spese delle rendite patrimoniali, gl'immessi in possesso temporaneo si troveranno, a fronte dell'assente ricomparso o dei suoi rappresentanti, nella condizione di chi ha fatto in buona fede piantagioni, costruzioni od altre opere sul fondo altrui; non potranno quindi essere costretti a togliere a loro spese e senza indennità le piantagioni, le costruzioni e le altre opere eseguite; ma avranno diritto di conseguire, a scelta dell'assente ritornato ovvero di chi lo rappresenta, o il pagamento del valore dei materiali e il prezzo della mano d'opera, o l'aumento di valore recato al fondo; e di computare quindi l'una o l'altra somma nella parte passiva del rendiconto che sono tenuti a dare (arg. art. 450, cod. civ.). Pensiamo che essi abbiano il diritto di essere considerati e trattati in questo rapporto come *possessori di buona fede;* perchè possiedono in virtù del titolo di presunti eredi dell'assente, e quantunque un tale titolo non sia definitivo, ma eventuale, finchè rimane incerta la vita o la morte dell'assente, quando però ha dato luogo all'immissione in possesso dei beni, è sufficiente per attribuire a coloro che la ottennero il diritto di amministrare e quindi anche di migliorare i beni stessi, che forse sono già veramente in loro proprietà.

Ciò inoltre giova pure all'interesse dell'assente; perchè più difficilmente i possessori si indurrebbero a fare miglioramenti, qualora fossero esposti, pel caso di ritorno dell'assente, ad essere considerati come possessori di mala fede, ed a potere perciò essere costretti a togliere a loro spese, e senza alcuna indennità, le opere di miglioramento che avessero eseguite.

Anche quanto alle spese giudiziali, che gl'immessi in possesso abbiano sostenute, promuovendo le ragioni dell'assente, o difendendole contro le azioni altrui, crediamo non inopportuna una distinzione. Se il giudizio aveva per oggetto la realizzazione delle rendite, ci sembra evidente che da queste soltanto debbano essere detratte le spese relative, poichè alle sole rendite riferivasi l'interesse della lite. A carico dell'assente e dei suoi rappresentanti potrebbero quindi ricadere quelle spese, solo per una quota proporzionale su quella parte di rendite che a favore dell'assente medesimo fossero riservate a norma di legge; ma gl'immessi in possesso non potrebbero mai pretendere di portare in conto quelle spese a diminuzione della sostanza capitale. Se invece il giudizio riguardava veramente la sostanza patrimoniale, è coerente che questa debba pure sopportar l'onere delle spese incontrate. Ritornato l'assente, o provatane l'esistenza, o provata la morte di lui avvenuta in tempo nel quale persone diverse dagl'immessi in possesso devono esserne eredi, i possessori, nelle azioni che hanno promosse, nelle difese che hanno sostenute, si trovano avere agito nella semplice qualità di mandatari, come rappresentanti legali dell'assente o dei suoi successori. Le spese fatte in esecuzione di questo mandato legale, devono dunque essere interamente rimborsate ai mandatari, e non ricadere in alcuna parte a loro danno, come avverrebbe se si contrapponessero come passività alle rendite, le quali o tutte, o in massima parte almeno, appartengono agl'immessi in possesso pel tempo durante il quale lo esercitarono.

Pagare i debiti è indubitabilmente un atto di amministrazione ordinaria, anzi un atto necessario. La legge d'altronde dichiara che " chiunque abbia ragioni da far valere " contro l'assente, deve proporle contro coloro che hanno " ottenuta l'immissione in possesso „ (art. 35, cod. civ.). Se dunque gl'immessi in possesso possono essere costretti giudizialmente al pagamento dei debiti contratti dall'assente, deve conseguirne per necessità ch'essi possano in rappresentanza dell'assente estinguere i debiti, senza bisogno di riportarne alcuna autorizzazione. Sarebbe contradditorio l'ammettere che si traesse in giudizio per obbligarlo a pagare, chi non avesse qualità per pagare validamente, se non quando avesse riportata un'autorizzazione che potrebb'essergli negata. Tutto ciò non presenta difficoltà veruna quando la cosa dovuta sia determinata individualmente, *in corpo certo*. Invece qualche incertezza potrebbe sorgere relativamente alle cose determinate soltanto per la loro specie, il cui pagamento ha quindi per effetto anche il trasferimento della proprietà delle cose pagate nel creditore. In tal caso per la validità del pagamento è necessaria in chi paga la *capacità di alienare* (art. 1240 § 1°, cod. civ.). Ora, potrebbe dirsi, gl'immessi in possesso temporaneo non hanno la capacità di alienare, se non quando ne abbiano ottenuta l'autorizzazione giudiziale (art. 29 § 2°, cod. civ.). Dunque non possono neppure fare validamente il pagamento, senza l'autorizzazione giudiziale, qualora il pagamento medesimo debba avere per effetto di trasferire la proprietà della cosa pagata nel creditore. Ma l'argomentazione non è tanto fondata quanto può a primo aspetto apparire. Ciò che l'art. 29 § 2° ha manifestamente voluto, è di lasciar liberi gl'immessi in possesso provvisionale per tutti gli atti che stiano nei limiti della semplice amministrazione, e solo per quelli che eccedano tali limiti richiedere l'autorizzazione giudiziale. Ora, il pagamento dei debiti è certamente un atto indispensabile di amministrazione ordinaria, sia poi che ne

faccia oggetto una cosa determinata in corpo certo, ad una cosa determinata solamente per la specie. Dunque anche in quest'ultimo caso il pagamento eseguito dagl'immessi in possesso dev'essere valido, senzachè ne abbiano ottenuta l'autorizzazione giudiziale, e quantunque un tale pagamento importi alienazione, trasferimento di proprietà degli oggetti dati al creditore. Altra cosa sarebbe quando si trattasse di *dare in pagamento* una cosa diversa da quella che formava oggetto di obbligazione. Allora non si tratterebbe più del semplice soddisfacimento dell'obbligazione, come fu contratta dall'assente, ma di estinguere tale obbligazione mediante l'alienazione d'una cosa diversa da quella dovuta; epperò a quello che sarebbe atto di amministrazione ordinaria liberamente spettante agl'immessi in possesso, s'interporrebbe un atto di disposizione, al quale gl'immessi in possesso non sono abilitati, se non a condizione di riportarne l'autorizzazione giudiziale.

182. — Il codice Francese nell'art. 128 dichiarava che i possessori a titolo d'immissione provvisionale " non " potevano alienare nè ipotecare i beni stabili dell'as- " sente ". Da ciò nasceva la questione, che già notammo potersi ripresentare, quantunque con più facili mezzi di soluzione, anche nel codice nostro; la questione cioè, se quanto è dichiarato espressamente in riguardo ai beni immobili sia da estendersi pure alle alienazioni di beni mobili. Ma di questo argomento speciale ci riserbiamo di trattare nel numero seguente. A due altri dubbi però lasciava luogo la disposizione del codice Francese, che nel nostro furono espressamente risoluti dal legislatore. La proibizione della legge doveva intendersi limitata tassativamente agli atti di alienazione, di trasferimento della proprietà, o di costituzione d'ipoteca, ovvero comprendeva in genere qualunque atto che contenesse *disposizione dei beni?* La proibizione stessa era poi da ritenersi assoluta, oppure in casi eccezionali, per circostanze particolari, po-

tevano gl'immessi in possesso venire abilitati a compiere validamente anche atti di alienazione o di costituzione di ipoteca, riportandone l'autorizzazione dal tribunale? La dottrina era concorde nel ritenere che di regola nessun atto di disposizione dei beni dell'assente — ancorchè non si trattasse di alienazione vera e propria, nè di costituzione d'ipoteca — potesse essere fatta dagl'immessi in possesso provvisionale, ma che qualora speciali circostanze lo consigliassero nell'interesse del patrimonio dell'assente medesimo, potesse essere chiesta al tribunale l'autorizzazione per alienare, per ipotecare, per fare altri atti di disposizione dei beni dell'assente; i quali atti, ottenuta che fosse quell'autorizzazione, si compissero quindi validamente dagl'immessi in possesso (1). E questa dottrina fu consacrata con disposizione espressa dal nostro legislatore, dichiarando nel secondo paragrafo dell'articolo 29 che coloro i quali hanno ottenuta l'immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente " non potranno, *senza l'autorizzazione* " *giudiziale*, alienare nè ipotecare i beni immobili, *nè fare* " *alcun atto eccedente la semplice amministrazione* ".

Gl'immessi in possesso non possono dunque a loro arbitrio procedere validamente, non solo ad alienazioni di beni immobili, od a costituzione d'ipoteca sovr'essi, ma neppure a qualsiasi altro atto che ecceda la semplice amministrazione ordinaria, che contenga disposizione di beni, e possa quindi tornare a diminuzione del patrimonio dell'assente. E ciò è ragionevole, e conforme ai principii fondamentali di questo istituto della immissione in possesso temporaneo; nel quale si ebbe veramente per iscopo principale l'interesse dei presunti eredi dell'assente, ma si volle contemporaneamente proteggere i diritti dell'assente medesimo, conservandogli intatta la sostanza patrimoniale che dev'essere restituita a lui quando ritorni, od ai suoi

---

(1) V. Duranton, t. I, n. 484; Marcadé, art. 128, § 1, t. I, n. 422; Demolombe, t. II, n. 111; Aubry e Rau, t. I, § 153, nº 12; Laurent, t. II, n. 181.

legittimi rappresentanti nel caso che, provato il tempo in cui sia mancato di vita, ne risulti che la eredità spetti a persone diverse da quelle che avevano ottenuto il possesso provvisorio.

D'altra parte però possono occorrere circostanze per le quali l'alienare, ipotecare od altrimenti disporre di alcuni beni dell'assente divenga una necessità, per evitare danni maggiori della sostanza patrimoniale — ad esempio, per estinguere debiti e non subire espropriazioni forzate, per fare agl'immobili straordinarie riparazioni indispensabili ed urgenti — o sia almeno di manifesta utilità, come quando si trattasse di fare una permuta vantaggiosa, di contrarre un mutuo a miti condizioni per liberarsi da debiti più onerosi, o per fare ai fondi dei miglioramenti che ne accrescerebbero in maggior proporzione la produttività, o per provvedere le macchine, gli utensili ed altro, che renderebbero più utile un opificio, ecc. E in tali casi l'autorizzazione giudiziale, richiesta dall'art. 29 § 2° del nostro codice, mentre da un lato offre il mezzo affinchè possano compiersi validamente quegli atti, ancorchè eccedenti la semplice amministrazione ordinaria, che siano necessari od utili pel patrimonio dell'assente, rassicura dall'altro contro ogni pericolo che tali atti siano effettuati senzachè li giustifichi appunto una necessità dimostrata od una utilità manifesta. Spetterà alla prudenza del tribunale il prendere le sue determinazioni, avendo riguardo equamente tanto all'interesse degl'immessi in possesso temporaneo, quanto a quello eventuale dell'assente o dei rappresentanti di lui.

Stabilito il principio che nessun atto eccedente la semplice amministrazione possa farsi validamente dagl'immessi in possesso temporaneo, se non coll'autorizzazione giudiziale; le conseguenze, per l'applicazione di questa massima ai casi particolari che possono presentarsi, sono poi di facile e sicura dimostrazione. L'alienazione di beni immobili e la costituzione d'ipoteca non sono indicate che

dimostrativamente, come principali esempi di applicazione di quel principio generale.

La legge parla di *alienazione di beni immobili.* Ma la parola *alienazione* deve intendersi nel senso suo più generale; cioè come comprensiva del trasferimento non solo della piena proprietà, ma eziandio d'uno smembramento di essa, d'una proprietà imperfetta. Così l'atto costitutivo d'un diritto di usufrutto, o d'una servitù prediale, sarebbe fuori d'ogni dubbio soggetto alla disposizione dell'art. 29 § 2° del nostro codice.

La legge parla della *costituzione d'ipoteca;* e ciò è in relazione coll'art. 1974, cod. civ., secondo il quale " coloro " soltanto che hanno la *capacità di alienare* un immobile, " possono sottoporlo ad ipoteca „ e coll'art. 1975, che dichiara non poter essere ipotecati i beni degli assenti fuorchè colle forme stabilite dalla legge. Potrebbero invece gl'immessi in possesso, senza esservi autorizzati dal tribunale, concedere validamente ad un creditore dell'assente un immobile in anticresi, od una o più cose mobili in pegno? L'anticresi, secondo il diritto nostro, produce i suoi effetti nei soli rapporti tra il debitore e il creditore ed i loro eredi, non verso i terzi (art. 1897, cod. civ.). Ma nei rapporti appunto del creditore, al quale è conceduta, produce gli effetti d'un diritto costituito sull'immobile, in forza del quale diritto il creditore fa suoi i frutti coll'obbligo d'imputarli annualmente a sconto degl'interessi prima, e poscia anche del capitale del credito, e il debitore non può rientrare nel godimento dell'immobile prima di aver soddisfatto intieramente il debito (art. 1891, 1893, cod. civ.). Vi si contiene dunque un'alienazione temporanea del diritto di godimento dell'immobile, che è pure una parte importante dei diritti della proprietà; e ad ogni modo, è senza dubbio un atto che eccede la semplice amministrazione ordinaria, e che perciò non potrebbe stipularsi validamente dagl'immessi in possesso senzachè vi fossero autorizzati giudizialmente. Il pegno poi conferisce al creditore un di-

ritto reale di privilegio sulla cosa pignorata (art. 1879, 1958 n. 6°, cod. civ.). Non costituisce veramente un'alienazione; ma non sarebbe possibile annoverarlo tra gli atti di semplice amministrazione. Se non che, essendo i soli beni mobili che possono formarne oggetto, e l'art. 29 § 2° lasciando luogo a qualche dubbio — come vedremo nel numero seguente — se la stessa alienazione di beni mobili sia compresa negli atti che i possessori provvisori dei beni dell'assente non possono fare senza l'autorizzazione giudiziale, sarebbe anche disputabile sotto questo aspetto se i medesimi possessori avessero facoltà di costituire senza autorizzazione un pegno, giacchè, supposto che fosse lecito alienare liberamente i beni mobili, a maggiore ragione dovrebb'esserlo il darli solamente in pegno. Ma se all'opposto tale autorizzazione sia necessaria, non solo per la alienazione degl'immobili, ma per quella eziandio dei beni mobili, la costituzione del pegno rimarrà soggetta alla medesima norma, appunto perchè anche questo è un atto *eccedente la semplice amministrazione*.

Eccede parimente l'amministrazione ordinaria ogni atto col quale si vincoli il patrimonio dell'assente contraendo mutui od altre obbligazioni, in conseguenza delle quali coloro che divengono creditori avranno diritto di esigere il pagamento di quanto sia loro dovuto sotto la guarentia generale di tutti i beni appartenenti all'assente in cui nome quelle obbligazioni siano state assunte (art. 1948, 1949, cod. civ.). Parlando però di obbligazioni, in generale, è necessaria una distinzione; chè se esse abbiano per oggetto cose riguardanti la semplice amministrazione ordinaria — se, per esempio, si tratti di appaltare lavori per riparazioni necessarie a farsi negl'immobili lasciati dall'assente — sembra che gl'immessi nel possesso temporaneo possano, senza bisogno d'autorizzazione giudiziale, stipulare validamente tali convenzioni, come possono fare qualunque altro atto di amministrazione, e le obbligazioni da essi contratte vincolino quindi efficacemente pel loro

adempimento anche la sostanza capitale del patrimonio dell'assente; sebbene da qualche autore sia ritenuto, al contrario, che le convenzioni fatte dai possessori temporanei per riparazioni agl'immobili, non possano vincolare il patrimonio dell'assente, se non a condizione che sia intervenuta l'autorizzazione del tribunale (1). Ma se invece, per provvedere all'amministrazione semplice, per eseguire quelle stesse riparazioni agl'immobili, occorra di contrarre mutui, sarà indispensabile, a norma dell'art. 29 § 2°, cod. civile, riportare l'autorizzazione giudiziale (2). La ragione della differenza tra l'un caso e l'altro pare che non manchi. Quando sono da stipulare contratti per l'eseguimento delle riparazioni occorrenti agl'immobili dell'assente, la natura stessa dell'atto ne dimostra la necessità, al fine di provvedere alla conservazione del patrimonio; e perciò si può prescindere dall'invocarne l'autorizzazione giudiziale. Una volta poi contratta l'obbligazione, e se questa non debba essere soddisfatta mediante le rendite del patrimonio, l'onere che ne deriva alla sostanza capitale per l'adempimento dell'obbligazione stessa, è un effetto diretto della disposizione della legge negli articoli già sopra citati 1948 e 1949 del codice civile. Ben diversamente corrono le cose allorchè si voglia contrarre un mutuo al fine di provvedere i mezzi che abbisognano per quelle riparazioni. Non si tratta più allora di assumere semplicemente un'obbligazione, della quale è palese per sè la necessità, e che sta nei termini dell'amministrazione ordinaria; ma si tratta di gravare il patrimonio con un'operazione che può essere più gravosa, che può talvolta essere causa di rovina, come spesso avviene nei mutui, e che ad ogni modo è un atto eccedente i limiti ordinari della semplice amministrazione. È naturale pertanto che si debba ricorrere all'autorità giudiziaria acciocchè, esaminato lo stato degli affari dell'as-

---

(1) V. Duranton, t. I, n. 484.
(2) V. Aubry e Rau, t. I, § 153, n° 11.

sente, riconosca se vi sia, o no, la necessità o l'utilità di contrarre il mutuo; e se, nel caso ancora d'impiegarlo in riparazioni da farsi ai beni dell'assente, vi sia veramente il bisogno di eseguirle, e siano riparazioni straordinarie, le quali debbano ricadere a carico della sostanza capitale, anzichè riparazioni di piccola manutenzione, a cui siano tenuti del proprio gl'immessi in possesso, od almeno riparazioni ordinarie da rimanere a carico delle rendite patrimoniali (1).

In principio generale non vi ha dubbio ch'è da annoverarsi tra gli atti eccedenti l'amministrazione semplice anche il porre fine ad una lite o prevenirla mediante *transazione*. Questa contiene sempre necessariamente una *disposizione di beni;* poichè suppone come elemento essenziale una reciprocità di concessioni o sagrifici dall'una e dall'altra parte contraente, ciascuna di esse dovendo *dare, promettere* o *ritenere qualche cosa* (art. 1764, cod. civ.). E sia poi che la concessione consista per uno dei contraenti nel dare od obbligarsi a dare una somma di danaro od altro oggetto, sia che consista soltanto nel rinunciare ad una parte delle proprie pretensioni, nell'abbandonare all'altro contraente qualcuno degli oggetti a cui si sosteneva o si poteva sostenere di aver diritto, è sempre un *atto di disposizione* che si fa, non un atto di semplice amministrazione. Perciò " per far transazione è necessario che si " abbia la *capacità di disporre degli oggetti compresi in essa* „ (art. 1765, cod. civ.). E poichè, secondo l'art. 29 § 2°, gli immessi nel possesso provvisionale *non possono, senza l'autorizzazione giudiziale, disporre dei beni dell' assente,* ma solamente possono fare intorno ad essi gli atti *di semplice amministrazione,* è chiaro pertanto dover essere indispensabile quell'autorizzazione affinchè i possessori predetti possano validamente transigere sulle liti riguardanti il patrimonio dell'assente stesso.

---

(1) V. sopra, n. 181, p. 763-765.

In diritto francese era sorta qualche incertezza intorno alla stessa ammissibilità dell'autorizzazione giudiziale, e vi era in giurisprudenza qualche decisione nel senso che la incapacità del semplice amministratore a transigere fosse irreparabile, in mancanza d'un testo espresso che autorizzasse i tribunali a conferirne la capacità all'amministratore predetto. Però la dottrina, giovandosi d'argomenti di analogia, propendeva a ritenere che fosse in facoltà del tribunale d'autorizzare gl'immessi in possesso provvisionale dei beni dell'assente a consentire ad una transazione, qualora i principii di buona e intelligente gestione lo consigliassero (1). Di ciò non è più possibile dubitare sotto il codice nostro, che nell'art. 29 § 2° implicitamente ammette che i possessori temporanei dei beni dell'assente, a condizione di essere autorizzati giudizialmente, possano fare qualunque atto di alienazione, di costituzione d'ipoteca ed ogni altro che ecceda la semplice amministrazione, e quindi certamente anche quello di transazione.

Vi era pure, tra gli autori francesi, chi opinava che gli immessi in possesso provvisionale potessero liberamente transigere in materia mobiliare, e solo avessero bisogno dell'autorizzazione della giustizia per le *transazioni sovra diritti immobiliari* (2). La quale distinzione dipendeva dall'altra, che quegli autori facevano tra l'alienazione di beni immobili e quella di beni mobili dell'assente, ritenendo che quest'ultima fosse in libera facoltà dei possessori provvisionali. Ciò per altro — come dimostreremo nel numero seguente — sarebbe assai meno sostenibile nel diritto nostro, secondo il quale sembra certo che nessun atto di alienazione, quando pure abbia per oggetto beni mobili, possa farsi validamente dagl'immessi in possesso temporaneo, se non vi siano stati autorizzati dal tribunale. E posto ciò, manca ogni ragione di distinguere circa la tran-

(1) V. Demolombe, t. II, n. 115.
(2) V. Aubry e Rau, t. I, § 153, n° 9, 12.

sazione, se cada sovra diritti immobiliari o mobiliari; e in tutti i casi ugualmente deve ritenersi indispensabile l'autorizzazione giudiziale.

Tuttavia non crediamo da affermarsi in modo assoluto che nessuna transazione convenuta dagl'immessi in possesso temporaneo, senza essere autorizzati dal tribunale a stipularla, possa mai esser valida. Quando la controversia, intorno a cui si transige, abbia per oggetto la semplice amministrazione dei beni, è naturale che i poteri degl'immessi in possesso, i quali sarebbero liberi nel fare di nuovo in quel modo che credessero opportuno quei medesimi atti di amministrazione, siano liberi altrettanto nel transigere su tali atti anteriormente compiuti. Così, per esempio, se gli immessi in possesso temporaneo, dopo avere stipulato un contratto di locazione d'immobili per tempo non eccedente il novennio, transigano col conduttore sovra questioni insorte circa l'esecuzione del contratto medesimo, non avranno bisogno di riportare a tal uopo l'autorizzazione del tribunale. Essi non dispongono con ciò in nessun modo d'una parte qualsiasi della sostanza patrimoniale; ma trattano d'un oggetto che sta nei limiti della semplice amministrazione. E come potrebbero, senza esservi autorizzati dal tribunale, rivocare per accordo col conduttore la locazione convenuta, e stipularne con lui o con altri una nuova a quelle condizioni che reputassero convenienti; così possono comporre col conduttore stesso le questioni insorte, facendosi dall'una e dall'altra parte concessioni reciproche; le quali dovrebbero perciò essere rispettate anche dall'assente, nel caso ch'egli ritornasse, e riprendesse i beni condotti in affitto col contratto modificato dalla transazione.

Gli stessi principii sono pure applicabili al compromesso che, secondo l'art. 9 del codice di procedura civile, qualora sia “ fatto da un amministratore, o da chi non può liberamente disporre della cosa su cui cade la controversia, non ha effetto se non quando sia approvato nei modi stabiliti per la transazione „. Il compromesso contiene

infatti una indiretta disposizione di ciò che forma oggetto della controversia, la cui risoluzione è deferita agli arbitri; in quanto che le parti si obbligano reciprocamente a sottomettersi alla decisione che da questi verrà pronunciata, sostituendo così giudici di loro elezione a quelli istituiti dal potere sociale. Ond'è conseguente non potersi compromettere fuorchè le questioni aventi per oggetto diritti, dei quali le parti contraenti abbiano la libera disposizione; e però non potersi, per regola generale, stabilire compromessi dai possessori temporanei dei beni dell'assente, dappoichè di tali beni essi non hanno la facoltà di liberamente disporre. Ma qualora le contestazioni vertenti riguardassero oggetti di semplice amministrazione ordinaria, non vi sarebbe ragione per reputare che la eccedesse l'atto col quale si compromettessero in uno o più arbitri le controversie stesse; e perciò il compromesso avrebbe piena efficacia, non ostante che non se ne fosse riportata l'autorizzazione giudiziale.

Se una successione si fosse aperta in favore dell'assente prima che egli avesse cessato di comparire nell'ultimo suo domicilio o nell'ultima sua residenza, o prima delle ultime notizie di lui, ovvero fosse morta innanzi quel tempo una persona che avesse ordinato a vantaggio dell'assente un legato, gl'immessi in possesso temporaneo dei beni non potrebbero certamente, senza l'autorizzazione giudiziale, rinunziare a quella eredità o a quel legato (1); non essendo possibile riguardare come atto di semplice amministrazione questo, che avrebbe per effetto di spogliare il patrimonio dell'assente d'un'attività che già ne faceva parte, poichè il diritto dell'assente medesimo alla eredità od al legato era acquisito fin dal momento dell'apertura della successione (art. 862, 923, 925 confrontati coll'art. 43, cod. civ.) e il rinunziarvi costituisce perciò indubitabilmente un *atto di disposizione*.

---

(1) V. Demolombe, t. II, n. 115; Aubry e Rau, t. I, § 153.

E non meno della rinunzia, l'accettazione dell'eredità sarebbe un atto eccedente l'amministrazione ordinaria, e perciò vietato agli immessi in possesso temporaneo, se non vi fossero autorizzati giudizialmente (1). Ciò è manifestissimo qualora si tratti di *accettazione pura e semplice;* giacchè avendo essa per effetto di operare in modo definitivo la confusione della eredità col patrimonio particolare dell'erede, e di obbligare quindi quest'ultimo al pagamento dei debiti e carichi dell'eredità, ancorchè eccedenti le forze di essa, viene ad aggravare i beni dell'assente, e ne costituisce una disposizione, sebbene indiretta ed eventuale. Ma quand'anche gl'immessi in possesso temporaneo volessero accettare l'eredità, devoluta all'assente prima che l'assenza incominciasse, giovandosi del benefizio dell'inventario, in virtù del quale è impedita la confusione dei beni propri dell'erede con quelli dell'eredità, e l'erede stesso non è tenuto al pagamento dei debiti ereditari o dei legati al di là del valore dei beni a lui pervenuti (art. 968, cod. civ.); tuttavia, anche per una tale accettazione, gl'immessi in possesso avrebbero sempre bisogno dell'autorizzazione giudiziale, perchè, se non altro, assumerebbero in nome dell'assente l'obbligo — a cui egli rimarrebbe tenuto nel caso che ritornasse — di *amministrare i beni ereditari, e di render conto della sua amministrazione ai creditori ed ai legatari* (art. 969, codice civile); il quale obbligo aggravando quindi, per questa responsabilità eventuale, l'intiero patrimonio dell'assente, l'atto con cui verrebbe assunto non potrebbe essere compreso tra quelli di semplice amministrazione.

Un punto importante rimane ancora da esaminarsi in questa materia; e cioè, quali debbano essere le conseguenze legali dell'essere stato compiuto dagli immessi in possesso temporaneo un atto eccedente la semplice amministrazione, senz'averne riportata l'autorizzazione giudiziale prescritta dall'art. 29 § 2° del codice civile. Per ciò che riguarda la

(1) V. Demolombe, t. II, n. 115; Aubry e Rau, t. I, § 153, nª 11.

sorte dell'atto, i principii generali non lasciano gravi difficoltà per la risoluzione del quesito.

Uno dei *requisiti essenziali per la validità* dei contratti è la *capacità di contrattare* (art. 1104, cod. civ.), e sono incapaci di contrattare " generalmente tutti coloro ai quali la legge vieta determinati contratti „ (art. 1106 § ult., cod. civ.). Ora, l'art. 29 § 2° vieta agli immessi in possesso temporaneo di fare senza l'autorizzazione giudiziale qualunque atto che ecceda la semplice amministrazione. Dunque gli atti di questa natura, compiuti senza autorizzazione giudiziale, sono *nulli*. Per ciò nessun dubbio. Le difficoltà cominciano solo quando si tratta di stabilire da chi la dichiarazione di tale nullità possa essere promossa. Sarà solamente l'assente ricomparso, o chi lo rappresenti od abbia causa da lui, che potrà invocarla? O ne spetterà il diritto anche agli stessi possessori temporanei, autori dell'atto nullo? O spetterà almeno agli acquirenti dei beni alienati senza la debita formalità? Che possa proporsi la nullità dell'atto dall'assente medesimo, quando ricomparisca, o da chi legittimamente lo rappresenti, o dai suoi veri eredi qualora sia provata la morte di lui, avvenuta però in tempo nel quale altre persone fossero chiamate a succedergli diverse da quelle che avevano ottenuta l'immissione in possesso provvisorio dei di lui beni; di tutto ciò nessuno dubita. Qualche autore ha affermato anzi che la vendita fatta illegittimamente dai possessori temporanei è nulla come *vendita di cosa altrui* (art. 1599, cod. civ. Francese, 1459, cod. civ. Italiano); e che " l'assente, se ritorna, " non ha neppur bisogno di agire in nullità; egli può riven- " dicare la cosa, poichè la vendita fatta senza diritto dagli " immessi in possesso non lo vincola punto „ (1). Non sembra però esatto questo modo di considerare la questione; poichè non si suppone che gl'immessi in possesso abbiano disposto di una cosa dell'assente come propria,

(1) V. Duranton, t. I, n. 486; Laurent, t. II, n. 182.

ma che l'abbiano alienata veramente come appartenente all'assente, in nome e rappresentanza di lui, solo ommettendo quella formalità, di chiedere ed ottenere l'autorizzazione giudiziale, che sarebbe stata necessaria affinchè potessero fare validamente una tale alienazione. Non si tratta dunque di *vendita di cosa altrui*, ma di alienazione d'un bene d'un amministrato, fatta da un amministratore senza la debita formalità abilitante; e l'amministrato stesso, l'assente ricomparso, o chi lo rappresenti come mandatario, successore o avente causa, non può *rivendicare* la cosa, come se fosse stata alienata da chi non vi avesse alcun diritto, ma solo può impugnare coll'azione di nullità il contratto fatto in nome dell'assente, da chi lo rappresentava legittimamente quale immesso nel possesso temporaneo dei di lui beni, per essere quel contratto deficiente d'una formalità abilitante necessaria alla sua validità. Sotto questo aspetto però, e per questa causa, l'azione di nullità è indiscutibilmente promovibile dall'assente o da chi per lui (1).

Ma la dichiarazione di nullità potrà essere domandata anche durante l'assenza dagli stessi possessori temporanei, i quali fecero l'alienazione nulla per mancanza dell'autorizzazione giudiziale che sarebbe stata necessaria? È sostenuta da rispettabili autorità l'opinione negativa, fondandola sul riflesso che quei possessori, come alienanti, sono tenuti di garantìa pel proprio fatto, e perciò è applicabile contro di loro il principio che non può evincere chi è tenuto a garantire dell'evizione (2). Vi è però una risposta, che sembra decisiva. La garantìa dovuta dai possessori pel fatto proprio, obbliga loro personalmente, non l'assente; mentre è in nome di quest'ultimo, non per conto proprio, ch'essi promuovono l'azione di nullità del contratto illegalmente fatto. Di far dichiarare questa nullità incorsa, di ricuperare pel patrimonio che amministrano un bene che

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 153, nª 13.

(2) V. De Moly, *Traité des absents*, n. 477, ss.; Duranton, t. I, n. 486; Zachariae, t. I, § 154, nª 7; Aubry e Rau, t. I, § 153, nª 19.

n'era illegittimamente uscito, essi hanno non solo il diritto, ma l'obbligo verso l'assente, pel caso ch'egli viva ancora. Il che però non pregiudica, ben s'intende, all'azione di garantìa, che per gli effetti del risarcimento dei danni possano esercitare personalmente contro i medesimi possessori temporanei, che avevano fatta l'illegale alienazione, coloro che soffrono l'evizione dei beni acquistati (1).

Ma, da ultimo, potranno anche i terzi acquirenti impugnare per nullità i contratti di alienazione fatti in loro favore dagli immessi in possesso temporaneo, senza avere riportata per la stipulazione di quei contratti l'autorizzazione del tribunale? È stato insegnato che “ in generale, “ eccetto il caso di *dolo*, i terzi acquirenti non sono ammis- “ sibili ad arguire di nullità le vendite fatte a loro pro- “ fitto „. E per dimostrarlo si è argomentato così: Se l'acquirente, all'atto della compera, ha saputo che i beni che ne formavano oggetto appartenevano all'assente, non vi ha dubbio che non può essergli lecito d'impugnare il contratto per una annullabilità a cui si è scientemente e volontariamente esposto; se poi anche lo abbia ignorato, senza che però sia stato indotto in errore da raggiri dolosi dell'altra parte, non essendo in grado di provare l'esistenza dell'assente per domandare la nullità della vendita come avente per oggetto una cosa altrui, non gli rimane che di invocare l'*eventualità d'una evizione*, circostanza questa che gli dà bensì il diritto di sospendere il pagamento del prezzo (art. 1653, codice Francese, 1510, codice Italiano) ma non l'autorizza a chiedere la nullità del contratto (2). Per quanto industre sia quest'argomentazione, crediamo però che si arrivi allo stesso risultamento seguendo una via molto più piana e più semplice. La nullità dell'alienazione dei beni dell'assente, fatta dagli immessi in possesso temporaneo che non vi siano stati autorizzati giudizialmente, non

---

(1) V. Laurent, t. II, n. 182.
(2) V. Aubry e Rau, t. I, § 153, nª 30.

dipende nè dall'essere stata alienata una cosa altrui, nè dalla eventualità della evizione esercibile dall'assente che ricomparisca; ma dipende unicamente dall'inosservanza della formalità abilitante dell'autorizzazione giudiziale, richiesta dalla legge per integrare la capacità dei possessori provvisori a fare in nome dell'assente, e nella qualità di amministratori per lui, atti di disposizione dei beni. Ora, la nullità degli atti per inadempimento di forme abilitanti necessarie ad integrare la capacità giuridica di persone, è una *nullità relativa*, opponibile soltanto dalle persone stesse per la cui protezione quelle formalità sono stabilite (art. 1107, cod. civile Italiano). Dunque non può spettare all'acquirente capace il diritto di chiedere la dichiarazione di nullità dell'atto di acquisto, per la mancanza dell'autorizzazione giudiziale che era richiesta dalla legge nell'interesse dell'assente. Certamente, se gl'immessi in possesso avessero usati verso l'acquirente raggiri fraudolenti allo scopo di occultargli che si trattasse dei beni d'un assente, per la cui alienazione era quindi necessaria l'autorizzazione giudiziale, l'acquirente, che senza quei raggiri non avrebbe contrattato, potrebbe invocare l'art. 1115 del codice civile, e chiedere l'annullazione del contratto per *dolo*. Anzi neppure vi sarebbe bisogno di ciò; perchè, data l'ipotesi, che il possessore provvisorio avesse alienato *come proprio* un bene dell'assente, si avrebbe veramente il caso d'una *vendita di cosa altrui*, la cui nullità sarebbe opponibile dal compratore, secondo l'art. 1459 del codice civile (1). Ma se non vi fu dolo, se il bene fu alienato come appartenente all'assente, agendo gl'immessi in possesso nella qualità d'amministratori per lui, l'essere stata ommessa la formalità della autorizzazione giudiziale non può dar fondamento all'acquirente per far annullare nel proprio interesse il contratto.

183. — Accennammo prima d'ora una questione che

(1) Confr. Demolombe, t. II, n. 137.

avvertimmo aver dato luogo a controversie sotto il codice Francese, e che dicemmo non essere ancora del tutto rimossa dalle disposizioni, quantunque in parte diverse, del codice nostro; la questione, cioè, se anche l'alienazione di *beni mobili* sia da comprendersi tra gli atti che non possono farsi liberamente dagli immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente (1).

Il codice Francese nell'art. 126 aveva una disposizione simile a quella che fu poi nella sostanza adottata nell'articolo 29, paragrafo ultimo, del nostro codice, e colla quale era deferito al tribunale di ordinare, se vi fosse luogo, la vendita in tutto o in parte dei beni mobili dell'assente; coll'art. 128 poi il codice Francese vietava ai possessori provvisionali di *alienare* od *ipotecare i beni stabili dell'assente;* e non aggiungeva altro. Da ciò alcuni giureconsulti argomentarono che fosse da reputarsi in facoltà libera degli immessi in possesso provvisionale l'alienare i *beni mobili corporali*, appartenenti all'assente, ed anche il fare cessione ad altri dei crediti o delle altre ragioni mobiliari di lui. L'art. 128 vietava soltanto l'*alienazione dei beni immobili* dell'assente; e da ciò dovevasi dedurre *a contrario* che fosse lecita l'alienazione dei mobili. Altrimenti perchè avrebbe il legislatore parlato soltanto degli *immobili?* Gl'immessi in possesso rappresentano l'assente nel governo dei di lui beni; ed è principio fondamentale essere permesso tutto ciò che non è proibito. La legge avendo vietato nominatamente le sole alienazioni degli immobili, era dunque applicabile l'aforisma " *inclusio unius est exclusio alterius* ". L'art. 126, al. 2, deferiva veramente al tribunale di determinare preventivamente se coloro che venivano immessi in possesso dovessero vendere in tutto od in parte *il mobiliare* dell'assente; ma ciò non autorizzava ad indurne che gli immessi in possesso non potessero vendere i mobili se non dopo esservi stati autorizzati in giustizia. Quell'articolo,

---

(1) V. sopra, n. 178, p. 737.

concernente esclusivamente i rapporti tra l'assente e gl'immessi in possesso dei di lui beni, non aveva altro scopo che di prevenire le discussioni le quali potessero sorgere tra loro intorno al punto d'essere stata opportunamente o dannosamente fatta la vendita del mobiliare. D'altra parte la maggior libertà spettante ai possessori relativamente alle alienazioni di beni mobili, si giustificava. Non conveniva restringere troppo le facoltà dei possessori in vista d'una possibile lesione degli interessi dell'assente, i quali poi sono assicurati mediante la cauzione (1).

A questi gravi argomenti se ne contrapponevano però altri non meno notevoli per l'opinione contraria. La legge aveva vietata espressamente soltanto l'alienazione degl'immobili, essendo questo il più importante a stabilirsi; giacchè quanto ai mobili gli acquirenti sarebbero protetti dalla regola che relativamente a tali beni *il possesso produce l'effetto stesso del titolo* (art. 2279, cod. Francese, 707, codice Italiano), cosicchè di rado avverrebbe in fatto che si sollevassero questioni circa la validità di vendite di beni mobili dell'assente, fatte dai possessori provvisionali. Ma quando circa la vendita di tali beni la questione sorgesse, in mancanza d'un testo preciso di legge, bisognava pure risolverla coll'applicazione dei principii generali. Non vi era alcuna disposizione espressa, che vietasse ai possessori temporanei l'alienazione dei beni mobili dell'assente, come ve ne era una che proibiva loro l'alienazione degli immobili; ma, secondo i principii generali adottati dal legislatore relativamente alla immissione in possesso temporaneo, coloro che l'avessero ottenuta erano da considerarsi quali *semplici depositari ed amministratori dei beni dell'assente*. Tutta la questione si risolveva dunque nello stabilire se l'alienazione dei beni mobili fosse da riguardarsi come *atto di semplice amministrazione*. La risposta negativa, in massima generale,

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 126; De Moly, *Traité des absents*, n. 472; Talandier, *Nouveau traité des absents*, p. 198; Aubry e Rau, t. I, § 153, n° 5, 7, 9.

non doveva essere dubbia. Come potevasi ammettere che fosse atto di *semplice amministrazione il disporre,* ancorchè solo in parte, della sostanza patrimoniale? Potevano bensì esservi — e in ciò conveniva il maggior numero degli autori predetti — alcune alienazioni mobiliari da riguardarsi quali atti di amministrazione ordinaria, perchè aventi per iscopo unico *la conservazione* stessa della sostanza patrimoniale, o la *percezione delle rendite;* come quando si trattasse di vendere le cose di facile deperimento, od i frutti raccolti dai fondi. Ma fuori di questi casi, anche l'alienazione di beni mobili, come atto di disposizione, usciva dai limiti dell'amministrazione semplice, epperò non poteva farsi liberamente dagli immessi in possesso provvisionale, che sono semplici amministratori. Oltre a ciò, non poteva essere trascurato l'argomento che era offerto dalla disposizione del primo alinea dell'art. 126 del codice Napoleone — a cui corrisponde l'ultimo paragrafo dell'art. 29 del nostro codice. — Con quella disposizione si deferiva al potere discretivo del tribunale “ *l'ordinare, se vi fosse luogo,* “ *la vendita di tutto o di parte del mobiliare* „ dell'assente. E a che gioverebbe l'aver lasciato così alla prudenza della autorità giudiziaria il determinare se e quali beni dell'assente avessero a vendersi, qualora poi durante la immissione in possesso coloro che l'avessero ottenuta potessero liberamente alienare tutti quei beni mobili che volessero? (1). Queste ragioni ci sembrano in verità prevalenti sulle altre addotte in appoggio dell'opinione opposta. Se non che poi la risoluzione della questione è resa anche più facile dal codice Italiano, che non si è limitato a vietare ai possessori, non autorizzativi giudizialmente, di alienare od ipotecare beni immobili, ma aggiunse inoltre “ di fare “ alcun altro atto eccedente la semplice amministrazione „. Chè anzi, se il legislatore avesse usata questa sola espres-

---

(1) V. Duranton, t. I, n. 485; Plasman, *Code et traité des absents*, t. I, p. 147, II, p. 319; Zachariae, t. I, § 154; Demolombe, t. II, n. 112; Laurent, t. II, n. 177-179.

sione generica, si potrebbe dire tolto ogni dubbio, poichè non sarebbe contestabile, in massima, che anche l'alienazione dei beni mobili sia un *atto di disposizione*, eccedente perciò l'amministrazione semplice. Se qualche incertezza può sorgere, è appunto perchè, dopo avere richiesta l'autorizzazione giudiziale per le alienazioni d'immobili e le costituzioni d'ipoteca, vi si è aggiunto ancora “ ogni altro “ atto che ecceda la semplice amministrazione „.

Si potrebbe osservare che se il legislatore avesse inteso di assoggettare alla stessa formalità dell'autorizzazione giudiziale tutti gli atti di alienazione, tanto di beni immobili, che di mobili, non avrebbe avuto bisogno che di dire, in genere, necessaria quell'autorizzazione per qualsiasi atto eccedente l'amministrazione ordinaria; e che col modo in cui si è espresso ha dimostrato d'intendere con quest'ultima frase di riferirsi soltanto a quegli *altri atti eccedenti la semplice amministrazione, che non siano di alienazione;* mentre per quelli di alienazione ha richiesto l'autorizzazione giudiziale solamente quando abbiano per oggetto *beni immobili.*

Nondimeno con una più attenta riflessione si scorge un altro motivo della formola adottata dal nostro legislatore. Le alienazioni d'immobili, e così pure le costituzioni d'ipoteca, sono sempre, senza alcuna eccezione possibile, atti eccedenti l'amministrazione semplice, pei quali perciò non si è reputata concedibile una piena libertà agli immessi in possesso temporaneo, che sono appunto semplici amministratori dei beni dell'assente. Al contrario, le alienazioni di beni mobili possono qualche volta costituire atti di amministrazione ordinaria; come quando gl'immessi in possesso vendano i frutti percetti sui beni dell'assente prima della immissione stessa, o vendano oggetti formanti anche parte della sostanza capitale, ma che sia necessario ed urgente convertire in denaro per conservare nel suo valore la sostanza medesima, perchè si tratti di cose soggette a perire od a deteriorarsi. Perciò il legislatore ha voluto che nes-

suna alienazione di beni immobili, nessuna costituzione di ipoteca possa mai stipularsi dagli immessi in possesso temporaneo dei beni dell'assente, senza averne riportata l'autorizzazione giudiziale; e le alienazioni dei beni mobili ha voluto assoggettare alle stesse formalità solamente nel caso che costituiscano *atti eccedenti la semplice amministrazione*, dei quali ha genericamente parlato, comprendendovi così, secondo i casi, anche le alienazioni di beni mobili.

Il *Laurent*, nel luogo che abbiamo sopra citato, volle sostenere assolutamente che tutte le alienazioni di beni mobili, senza alcuna distinzione, fossero da ritenersi vietate ai possessori provvisionali. " È da ammettersi — domandò egli — una eccezione nel caso che l'alienazione " sia un *atto necessario e di conservazione?* Una tale eccezione sarebbe certamente fondata in ragione, e il legislatore avrebbe dovuto concedere codesto diritto all'amministratore. Ma la legge lo accorda veramente? In ciò sta " tutta la questione. La legge non lo accorda; e nel silenzio " di essa, è lecito all'interprete attribuire all'amministratore il potere di alienare ciò che non gli appartiene? " Non lo crediamo: l'interprete farebbe la legge „. Ma la risposta è facile. La legge attribuisce agli immessi in possesso temporaneo il potere d'amministrare i beni dell'assente. Se l'alienare cose mobili, quando ciò è un *atto necessario e di conservazione*, deve considerarsi come stante nei limiti della semplice amministrazione — del che lo stesso autore conviene — è dunque dalla legge stessa che i possessori temporanei hanno implicitamente la facoltà di procedere liberamente a simili atti di alienazione.

La *cessione dei crediti* è una alienazione di *beni mobili per determinazione della legge* (art. 418, cod. civ.). Gli autori che ritengono potere i possessori provvisionali alienare liberamente i beni mobili dell'assente, estendono quindi coerentemente la stessa massima anche alla cessione di crediti (1).

---

(1) V. AUBRY e RAU, t. I, § 153, n° 8.

Stabilito invece che per l'alienazione dei mobili sia necessaria l'autorizzazione giudiziale, questa deve essere certamente indispensabile anche per la cessione di crediti (1).

184. — In uno dei numeri precedenti dimostrammo che del divieto, fatto dall'art. 29 § 2° del codice civile agli immessi in possesso temporaneo dei beni dell'assente, di procedere senza l'autorizzazione giudiziale ad atti quali che siano eccedenti la semplice amministrazione, è sanzione necessaria la nullità degli atti medesimi; ed esaminammo la questione concernente le persone dalle quali la dichiarazione di codesta nullità possa essere domandata (2).

Ciò per altro riguardava gli atti che fossero compiuti dai possessori temporanei nella qualità loro di amministratori per l'assente; quantunque per doverli ritenere agenti in tale qualità non sia indispensabile — come altrove osservammo — ch'essi lo abbiano espressamente dichiarato nel trattare con terze persone, ma basti l'enunciazione che i beni formanti oggetto dell'atto o del contratto fanno parte del patrimonio di persona assente, e che i contraenti sono immessi nel possesso temporaneo di quei beni (3).

Se non che, parecchi casi possono verificarsi assai diversi da quello precedentemente ricordato. — Gl'immessi in possesso hanno ceduti ad altri tutti i diritti che sul patrimonio dell'assente erano derivati in loro favore dall'immissione in possesso che avevano ottenuto. — Ovvero, hanno fatti atti di disposizione di determinati beni dell'assente — vendite, costituzione d'ipoteca od altro — facendoli apparire di piena e libera loro proprietà. — Ovvero, dichiarando appartenere quei determinati beni all'assente, si sono limitati a trasferire ad altri i soli diritti che loro competevano sui beni stessi in virtù della immissione in possesso temporaneo. — Ovvero, trasferendone la piena proprietà,

---

(1) V. Demolombe, t. II, n. 113.
(2) V. sopra, n. 182, p. 779-783.
(3) V. sopra, n. 180, p. 756.

hanno però stipulata espressamente la risoluzione del contratto, pel caso che venga provata l'esistenza dell'assente, o venga provato che la morte di lui sia avvenuta in tal tempo da non poterne più essere eredi essi, che avevano conseguita l'immissione temporanea in possesso. — In tutti questi casi, quale sarà la sorte degli atti di disposizione fatti dai possessori provvisori? Saranno nulli quegli atti, e chi potrà invocarne la nullità?

Gli autori in generale ammettono, se non altro implicitamente, che sia lecito ai presunti eredi dell'assente di cedere ad altri i diritti derivati in loro favore dall'immissione in possesso temporaneo dei beni dell'assente medesimo. Sono quelli *veri diritti patrimoniali,* aventi per oggetto il possesso e l'amministrazione dei beni, il godimento totale o parziale delle rendite, l'esercizio di tutte le ragioni spettanti all'assente (1). Perchè dunque non sarebbero trasmissibili per mezzo di cessione, come per qualunque altro titolo? È riconosciuta espressamente dalla legge la trasmessibilità ereditaria del diritto stesso a chiedere la immissione in possesso provvisorio (art. 26 § 2°, cod. civ.); senonchè in tal caso è la legge, che direttamente conferisce tale diritto ai successori, ai quali non potrebbe averlo trasmesso il defunto erede testamentario o legittimo dell'assente; poichè quello di chiedere l'immissione in possesso è un diritto puramente *facoltativo*, che perciò non può riguardarsi come *acquisito* e divenuto trasmissibile ereditariamente, se non quando sia stato esercitato (2). Allorchè invece l'immissione in possesso è già conseguita dai presunti eredi dell'assente, i diritti che ne derivano, di possesso, d'amministrazione, di godimento delle rendite, di esercizio delle ragioni dell'assente, sono veramente *acquisiti;* nè vi sarebbe dunque ragione di non ammetterne la trasmessibilità per qualunque dei mezzi comuni, coi quali

(1) V. sopra, n. 137, p. 469, ss.
(2) V. sopra, n. 168, p. 657, ss.

può trasmettersi ogni altro diritto patrimoniale, per atto tra vivi di cessione onerosa o gratuita, come per successione ereditaria. A conferma di ciò sta per noi la disposizione espressa dell'art. 28 del nostro codice, secondo il quale l'immissione in possesso attribuisce i diritti ivi enunciati, non soltanto *a coloro che la ottengono*, ma eziandio *ai loro successori;* ed è notevole il parlarsi qui, non dei soli *eredi*, come nell'art. 26 § 2°, ma dei *successori* in genere, lasciando così luogo a comprendere sotto questa espressione generica *qualunque successore, tanto a titolo universale, che particolare.* Il corrispondente art. 125 del codice Francese conferiva invece l'amministrazione dei beni dell'assente a coloro che avessero ottenuto il possesso provvisorio; aggiungendo non esser questo che *un deposito:* dal che sarebbesi potuto argomentare che tale diritto di possesso e d'amministrazione non fosse trasmissibile ad altri. E in questo senso venne infatti a manifestarsi in ultimo una opinione autorevolissima, fondata però sopra teorie, che prima d'ora dimostrammo non accettabili.

" Gli eredi presuntivi dell'assente — così si argomen-
" tava — non possono trasmettere diritti, perchè non ne
" hanno alcuno; nè possono dunque neppure cedere un
" diritto che ad essi non spetta..... Che cosa cederebbero
" essi? un deposito? un'amministrazione? Si opporrà che
" cederanno *il diritto ai frutti.* Ma a quale condizione
" hanno questo diritto? A condizione di amministrare. Se
" non amministrano, non godono. Ciò è decisivo; ed è
" inutile poi ripetere che la legge accorda agli eredi il pos-
" sesso provvisorio per motivi affatto personali a loro; nè
" quindi è concepibile che si esonerino d'una gestione ad
" essi affidata per motivo dell'interesse che hanno a bene
" amministrare „ (1).

Come facilmente si scorge, tutto questo è in relazione alla nuova teorica, colla quale sarebbesi voluto stabilire

---

(1) V. Laurent, t. II, n. 184.

che la immissione in possesso temporaneo fosse ammessa dalla legge *pel solo interesse dell'assente;* che ai possessori non fossero attribuiti veramente diritti, ma che solo, dando ad essi l'onere dell'amministrazione dei beni dell'assente, venissero retribuiti mediante il godimento delle rendite.

Se non che abbiamo altrove esposte le ragioni per le quali questa teoria, difficilmente sostenibile sotto lo stesso codice Francese, e contraria difatti alla dottrina comunemente adottata ed alla giurisprudenza, è assolutamente da respingersi avendo riguardo alle nuove disposizioni del codice nostro (1).

Ci sembra poi singolare che quello stesso autore — dopo aver protestato che gl'immessi in possesso temporaneo *non possono trasmettere diritti, perchè non ne hanno alcuno* — proponendosi nel numero successivo il quesito, se morendo gl'immessi in possesso, i loro *successori testamentari,* come quelli *ab intestato,* abbiano a continuare l'amministrazione dei beni dell'assente, l'abbia risoluto dicendo che " i legatari " dovrebbero a rigore esser messi da parte; ma con ciò si " verrebbe ad allontanarsi dal testo della legge, a forza di " volerne seguire lo spirito „ (2). Ma se il testo della legge obbliga a ritenere che i successori testamentari delle persone immesse nel possesso temporaneo dei beni dell'assente sottentrino a queste persone nel possesso medesimo e continuino nell'amministrazione, non è dimostrata da ciò la trasmessibilità di quel possesso e di quell'amministrazione?

E come può sostenersi che l'esercizio di tale possesso ed amministrazione si fondi sopra motivi *strettamente personali agli eredi presuntivi dell'assente,* se deve passare ai successori testamentari degli eredi medesimi, persone affatto estranee all'assente, e rispetto alle quali perciò non si verificano quei motivi personali di particolare fiducia?

Pensiamo pertanto che i diritti dipendenti dall'immis-

---

(1) V. sopra, n. 135, p. 457-463, n. 137, p. 469, ss.
(2) V. LAURENT, t. II, n. 185.

sione in possesso temporaneo siano per natura loro suscettibili di trasmissione; e ciò per qualunque dei titoli generalmente ammessi dalla legge, per successione legittima, per disposizione testamentaria a titolo universale od a titolo particolare, per cessione o per altro atto fra vivi. E pensiamo doversi ciò ritenere, non solo pel caso che i presunti eredi cedano i loro diritti dopo aver già ottenuta l'immissione in possesso temporaneo, ma quando pure la cessione sia fatta prima che la detta immissione venga pronunciata; quantunque al citato autore sia sembrato evidente *non potersi in tal caso far luogo a cessione di un diritto che al cedente ancora non compete*. Non pare esatta quest'ultima affermazione, giacchè il diritto alla immissione in possesso, ed ai conseguenti effetti determinati dall'art. 28 del nostro codice, *è aperto* quando siano trascorsi sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza che dichiara l'assenza (art. 26, cod. civ.); ed essendo quindi indubbiamente trasmissibile, sebbene facoltativo, nulla può ostare a trasferirlo pure per cessione; chè anzi neppure sarebbe indispensabile veramente l'esistenza di un diritto *già aperto*, potendo essere oggetto di cessione anche un *diritto eventuale*, come generalmente possono formare oggetto di contratto anche le cose future (art. 1118, cod. civ.). Sarebbe altresì sostenibile coll'applicazione di tale principio che fin *dal giorno da cui parte la presunzione di assenza* potessero gli eredi testamentari dell'assente, o quelli che in tal giorno ne sarebbero stati eredi legittimi, cedere ad altri gli eventuali loro diritti d'immissione in possesso.

Qualora i presunti eredi dell'assente abbiano fatta cessione delle loro ragioni, i cessionari subentrano, come è evidente, nelle identiche condizioni di diritti e di obbligazioni dei cedenti. Possono chiedere, sotto le stesse norme e cautele, la immissione in possesso temporaneo, se già non l'abbiano conseguita i loro autori; e dopo ciò, come nell'altro caso che l'immissione in possesso sia stata pronunciata anteriormente alla cessione, possono esercitare

sui beni dell'assente tutti i diritti stabiliti dall'art. 28, combinato cogli articoli seguenti fino al 31 del nostro codice. Qualora durante il possesso temporaneo l'assente ritorni o venga provata la sua esistenza, o qualora ne venga provata la morte avvenuta in tempo nel quale i cedenti non ne fossero più eredi, i cessionari dovranno restituire i beni con quella parte di rendite che è riservata a vantaggio dell'assente dall'art. 31, come dovrebbero farlo i cedenti stessi secondo gli articoli 33 e 34. Durante il possesso medesimo rimarranno soggetti alle azioni d'altri, che a norma dell'art. 32 potessero provare di avere avuto, al tempo da cui parte la presunzione di assenza, un diritto prevalente ed eguale a quello dei cedenti. Se all'opposto finisca il tempo della immissione in possesso temporaneo senza che siansi avute notizie dell'assente, o se venga provata la morte di lui, avvenuta in tempo nel quale ne fossero ancora eredi i cedenti, i cessionari si troveranno aver conseguita definitivamente la proprietà dei beni che l'assente aveva lasciati.

Qualora la cessione sia stata fatta a titolo oneroso, essa assumerà quindi un carattere aleatorio; in quanto che ciascuna delle parti contraenti potrà trovarsi avvantaggiata o danneggiata, secondo il modo in cui si risolverà la incertezza della esistenza dell'assente; ottenendosi dal cessionario la proprietà dei beni dell'assente per meno del loro valore, se continuando a mancare le notizie dell'assente, o provato ch'egli sia morto in tempo in cui ne fosse ancora erede il cedente, rimangano al cessionario stesso quei beni; ed al contrario perdendosi dal cessionario la somma pagata al cedente, qualora per il ritorno o la provata esistenza dell'assente, o per essere accertato che la morte di lui sia avvenuta in tempo che altre persone, anzichè il cedente, ne fossero eredi, si faccia luogo alla restituzione dei beni.

A dubbi più gravi può dar luogo la seconda delle ipotesi che abbiamo figurate in principio di questo numero; quando cioè la persona immessa in possesso temporaneo abbia fatto atti di disposizione particolare — di vendita,

di costituzione d'ipoteca, od altri che siano — relativamente a determinati beni formanti parte del patrimonio dell'assente, facendoli invece apparire come appartenenti al patrimonio particolare proprio. Saranno nulli questi atti, e chi potrà proporne la nullità? La questione sarebbe presto risolta colla semplice applicazione delle regole stabilite nell'art. 1459 del codice civile, ammettendo l'idea già accennata in un numero precedente, che " quando il possessore provvisorio abbia alienato come proprio un bene " dell'assente, si ha veramente il caso di una *vendita di* " *cosa altrui* „ (1). A tale idea per altro può farsi, e fu effettivamente segnalata da qualche autore, una obbiezione importante. " Non può affermarsi — fu detto — che alienando come proprio un bene dell'assente, il possessore " provvisorio abbia fatto una *vendita di cosa altrui;* perchè " *chi sa se non sia invece sua propria la cosa che egli ha alie-* " *nata?*..... È possibile infatti che l'alienazione sia *valida; e* " *lo sarà certamente se non sopraggiungono notizie dell'as-* " *sente* „ (2). Ci sembra tuttavia che una risposta si possa dare. È innegabile che anche qui, come in tanti altri rapporti, ha la sua influenza e produce speciali difficoltà quella situazione anomala, in cui si versa, di completa incertezza intorno all'esistenza dell'assente; talchè gl'immessi nel possesso provvisorio dei beni, i quali ne alienino qualcuno come spettante definitivamente a loro, avranno effettivamente fatto una vendita di cosa altrui se l'assente viva ancora, ed avranno invece disposto di cosa realmente propria se l'assente non esista più e la sua morte sia avvenuta in tal tempo che gli stessi possessori provvisorii ne siano ancora i veri eredi.

Ma non pare poi da dedursene che le regole concernenti la vendita di cosa altrui, ed adottate anche dal nostro legislatore nell'art. 1459 del codice civile, non siano da

---

(1) V. sopra, n. 182, p. 783.
(2) V. Demolombe, t. II, n. 137.

applicarsi in tal caso. Nelle disposizioni di quell'articolo è supposto che la cosa formante oggetto di vendita *non appartenga al venditore;* ma non vi si richiede che sia inoltre accertato a chi veramente ne spetti la proprietà. Finchè dura la incertezza dell'esistenza dell'assente, è possibile in vero che essendosi realmente verificata la morte di lui, quantunque ne manchi ancora la prova, i suoi presunti eredi abbiano già la proprietà dei beni che componevano il patrimonio dell'assente medesimo; ma intanto la legge considera i presunti eredi, sebbene immessi nel possesso temporaneo, non come proprietari, ma come semplici amministratori di quei beni, che detengono precariamente in nome dell'assente, pel caso ch'egli ricomparisca, facendone proprie le sole rendite in tutto od in parte. Chi dunque, impugnando l'atto col quale dagli immessi in possesso temporaneo sia stato alienato come proprio qualche bene appartenente all'assente, provi che del patrimonio di quest'ultimo faceva parte quel bene, dimostra con ciò abbastanza che tale alienazione *deve giuridicamente riguardarsi come avente per oggetto una cosa altrui;* e può quindi invocare la disposizione dell'art. 1459 del codice civile, ancorchè non sia in grado di provare inoltre che l'assente sia tuttora in vita, e che perciò a lui spetti ancora la proprietà dei beni dati in possesso temporaneo ai suoi presunti eredi.

Certamente, dopo che fosse provata la morte dell'assente, *avvenuta anteriormente all'alienazione fatta in proprio nome dagl'immessi nel possesso temporaneo,* essendo così accertato che costoro avrebbero disposto di beni che già erano effettivamente in loro proprietà, non sarebbe più possibile invocare la disposizione dell'art. 1459 per fare annullare quell'alienazione. Ma finchè rimane incerto se l'assente sia vivo o morto, e se perciò di lui o dei suoi presunti eredi sia la proprietà dei beni da questi posseduti temporaneamente, nel dubbio deve prevalere il principio che tale possesso essendo per legge precario, le alienazioni fatte dai possessori per conto proprio sono da considerarsi

come alienazioni di cose altrui, soggette all'applicazione delle regole stabilite dall'art. 1459 del codice civile.

Resta a vedersi quali debbano essere le conseguenze di codesta applicazione nel determinare da quali persone possa essere provocata la dichiarazione di nullità.

È indubitabile poterla domandare l'assente stesso, quando ritorni; od il procuratore, o gli aventi causa di lui, qualora sia provata la sua esistenza (art. 33, cod. civ.); o i suoi veri eredi, qualora venendo a provarsi il tempo della morte dell'assente, ne risultasse che non ne fossero eredi quelli i quali, avendo ottenuta l'immissione in possesso temporaneo, avessero alienati come propri alcuni dei beni formanti parte del patrimonio dell'assente medesimo (art. 34, codice civile). L'azione di nullità sarebbe per loro il mezzo con cui potrebbero esercitare una vera e propria rivendicazione dei loro beni illegittimamente alienati dai possessori.

Ma gli stessi possessori temporanei potranno, o no, proporre la nullità del contratto di alienazione da essi stipulato? Un giureconsulto autorevolissimo ha sostenuto l'opinione negativa, invocando il principio che *il venditore deve sempre rispondere del fatto suo proprio, senza che possa avere efficacia qualsiasi convenzione in contrario* (art. 1628, codice Francese; 1484, codice civile Italiano). " L'immesso in possesso — ha detto questo autore — ha venduto; dunque " non può egli stesso evincere colui al quale deve garantìa: " *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit* " *exceptio* „ (1). Il ragionamento sarebbe inconfutabile qualora fosse in proprio nome, e nel solo interesse proprio, che il possessore domandasse l'annullamento del contratto d'alienazione da lui stipulato. Se, per esempio, fosse provata la morte dell'assente *accaduta dopo che il possessore temporaneo aveva alienato come proprio qualche bene dell'assente medesimo*, quantunque risultasse da ciò che l'alienazione avrebbe veramente avuto per oggetto una cosa altrui, sic-

(1) V. Demolombe, t. II, n. 137.

come però la domanda di nullità e la rivendicazione della cosa alienata non potrebbe oramai farsi dall'alienante che in nome proprio ed a proprio vantaggio, gli sarebbe senza dubbio opponibile il principio che vieta l'evizione a chi sia tenuto di garantìa per essa. Sarebbe contradditorio l'ammettere che l'alienante, il quale dovrebbe difendere l'acquirente dalle azioni che altri gl'intentassero per evincerlo, e risarcirlo d'ogni pagamento, spesa e danno, in caso d'evizione patita, potesse egli stesso esercitare tale evizione. Ma durante l'assenza gl'immessi in possesso temporaneo, se chieggono l'annullamento d'un'alienazione da essi consentita, agiscono in rappresentanza dell'assente, per rivendicare al patrimonio di lui un bene che ne hanno fatto illegalmente uscire. Ora, è principio fondamentale che chi amministra per un altro, può nell'interesse e in rappresentanza di questo agire anche contrariamente al fatto personale proprio, salva sempre la responsabilità che può incombergli pel risarcimento dei danni a favore di chi subisca gli effetti dell'azione. L'autore che abbiamo citato, prevedendo questa obbiezione, e riconoscendola gravissima, ha però reputato che non sia decisiva; perchè a suo avviso " la posizione dell'immesso in possesso non può, a questo " riguardo, essere parificata a quella del *tutore*, o del *ma-* " *rito*, pei quali non può essere dubbio che alienando i beni " del minore o della moglie hanno fatto quello a cui non " avevano diritto ". Soggiunge l'autore stesso, che l'alienazione illegalmente fatta dall'immesso in possesso impegnerà la responsabilità di lui verso l'assente " ma sembrerebbe " ben difficile potergli accordare il diritto di venire egli " stesso, direttamente o indirettamente, contro il vincolo " personale che aveva assunto verso il terzo contraente ".

Che una differenza di condizioni vi sia per coloro che ottennero l'immissione in possesso dei beni di un assente, a confronto di altri amministratori di beni altrui, in quanto che quelli alienando un bene che faceva parte del patrimonio dell'assente, possono in realtà aver disposto di cosa

che già loro apparteneva, se l'assente non esisteva più, ciò non è da negarsi. Ma con tale osservazione non si risponde all'argomento a cui viene opposta. È incontestabile che anche gl'immessi nel possesso temporaneo dei beni di un assente, allorchè domandando l'annullamento d'un proprio atto di alienazione rivendicano al patrimonio dell'assente un bene che deve farne parte, agiscono in rappresentanza dell'assente medesimo, per conservare illese le ragioni di lui; epperò non deve fare ostacolo a ciò la responsabilità personale, che in dipendenza dell'atto proprio può loro incombere verso l'acquirente. Il vincolo personale da essi contratto riguarda appunto unicamente questa responsabilità pel risarcimento di danni, la quale rimane salva interamente a favore dell'acquirente; ed è solo contro gli effetti traslativi di proprietà dell'illegittimo atto di alienazione, che è rivolta l'azione, ch'essi intentano, non per conto proprio, ma in nome e nell'interesse dell'assente.

Ammesso in principio che sia da riguardarsi come *alienazione di cosa altrui* quella che gli immessi in possesso facciano durante l'assenza, trasmettendo come proprio qualche bene faciente parte del patrimonio dell'assente, la conseguente applicazione dell'art. 1459 del codice civile non lascia dubitare che la nullità di tale alienazione sia proponibile anche dagli acquirenti dei beni alienati. Supposta la *buona fede* di questi acquirenti, essi non debbono essere costretti a rispettare ed eseguire un contratto di cui non hanno potuto conseguire lo scopo essenziale, consistente nel trasferimento della proprietà a loro profitto; e perciò, non ostante che siano stati posti in possesso della cosa acquistata, nè abbiano ancora subìta alcuna molestia, devono essere ammessi a provocare, anche per via d'azione principale, l'annullamento dell'atto, la restituzione del prezzo e degli accessori, e l'indennità se v'è luogo. La stessa conclusione è adottata pure da quell'autore, che — come notammo sopra — nega agli immessi in possesso la facoltà di promuovere l'annullamento degli atti di alienazione da

essi illegittimamente convenuti. Se non che, non trattandosi, secondo l'avviso suo, d'un'*alienazione di cosa altrui*, dice invece che " l'acquirente potrà opporre egli medesimo " all'immesso in possesso la sua *mancanza di potere* (articolo 128) a fine d'uscire da una situazione incerta, che " non avrebbe scientemente accettata, ignorando la qualità dell'immesso in possesso temporaneo „ (1).

Abbandonato però il vero fondamento, che troverebbesi nelle disposizioni della legge concernenti le alienazioni di cose altrui, pare che l'azione da concedersi all'acquirente mal si regga col nuovo appoggio che si vorrebbe darle. Si dice che l'acquirente opporrà all'immesso in possesso che egli non aveva poteri per l'alienazione che ha fatta, essendogli vietato dalla legge di alienare od ipotecare gl'immobili dell'assente. Ma questa disposizione dell'art. 128 del codice Francese — a cui corrisponde quella dell'art. 29, § 2° del codice Italiano — riguarda gli atti che gl'immessi in possesso facciano in qualità di amministratori dei beni dell'assente; mentre l'ipotesi di cui si tratta ora, è di una alienazione che il possessore abbia fatta d'un bene dell'assente, trattandone come di cosa appartenente al proprio patrimonio particolare. E prescindendo anche da ciò, è chiaro che la predetta disposizione, avente per unico scopo la protezione degl'interessi dell'assente nell'amministrazione dei suoi beni affidata ai presunti eredi, non potrebb'essere invocata dai terzi acquirenti dei beni illegittimamente alienati, e che la *nullità relativa* degli atti, con cui quella disposizione sia stata violata, non è proponibile che dall'assente stesso pel cui vantaggio è introdotta, o da chi legittimamente lo rappresenti.

Ci sembra perciò che unicamente sull'applicazione delle regole comuni, concernenti le alienazioni di cose altrui, si possa fondare l'azione di nullità esercibile anche dagli acquirenti contro gli atti coi quali gl'immessi in possesso

---

(1) V. Demolombe, t. II, n. 137.

dei beni dell'assente abbiano alienati come propri alcuni di questi beni: fermo, del resto, che tale azione non possa competere se non agli *acquirenti di buona fede;* perchè qualora avessero di fatto conosciuto al momento dell'acquisto, che i beni che ne erano oggetto formavano parte del patrimonio dell'assente, quantunque nell'atto venissero dichiarati appartenenti in proprio agli alienanti, si sarebbero con ciò volontariamente esposti alle conseguenze della eventuale annullabilità del loro acquisto, nè potrebbero quindi venire contro il fatto proprio.

Molto più semplice è il terzo caso, che abbiamo in principio proposto supponendo che gl'immessi in possesso temporaneo abbiano ceduto ad altri sopra determinati beni i diritti medesimi ad essi competenti in virtù della ottenuta immissione. Se ai possessori è lecito, come dimostrammo, di trasferire ad altri tutti i diritti dipendenti in loro favore dalla immissione temporanea relativamente all'intiero patrimonio dell'assente; a maggiore ragione devono essi poter cedere ad altri particolarmente i loro diritti, come li hanno in virtù della immissione in possesso, sovra determinati beni compresi in quel patrimonio. Questa infatti è massima generalmente accolta dalla dottrina. Un solo autore ha professata opinione contraria, appoggiandola a considerazioni simili a quelle, colle quali abbiamo visto sostenersi da lui che i diritti in genere derivanti ai presunti eredi dell'assente dalla provvisoria immissione in possesso, non siano suscettibili di cessione (1); le quali considerazioni riferimmo in principio di questo numero, contrapponendovi le altre, che specialmente nel diritto nostro ci parvero offrire sicuro appoggio alla teoria comunemente accettata. Nè insisteremo più oltre su questo argomento. Noteremo soltanto anche qui, che in forza di tali cessioni di diritti i cessionari subentrano, relativamente a quei determinati beni ai quali le cessioni stesse riguardino, nelle iden-

(1) V. Laurent, t. II, n. 183.

tiche condizioni di diritti e di obbligazioni in cui si troverebbero i cedenti, e devono quindi sottomettersi eziandio alle medesime norme e cautele. E siccome alla perfetta osservanza di queste, ed all'esatto adempimento delle obbligazioni hanno interesse anche i cedenti, perchè la fatta cessione non li esonera menomamente dalla loro eventuale responsabilità personale verso l'assente o chi lo rappresenti, così ai cedenti medesimi competono verso i cessionari le congrue azioni. Giustamente quindi fu notato che se l'acquirente, al quale l'immesso in possesso temporaneo avesse ceduti i propri diritti sopra determinati beni dell'assente " commettesse sui beni medesimi danneggiamenti " od anche solo cangiamenti considerevoli eccedenti i poteri d'amministrazione, gl'immessi in possesso avrebbero " qualità per opporvisi, e chiedere all'uopo delle guarentìe; " perchè, da una parte essi rimangono sempre responsabili verso l'assente, e d'altra parte non hanno trasmessi " agli acquirenti che dei diritti limitati, coll'obbligo di " non eccedere gli atti d'amministrazione per tutto il " tempo in cui durerà la situazione dell'immissione provvisoria „ (1).

Veniamo ora all'ultimo dei casi previsti in principio di questo numero, cioè che gl'immessi in possesso alienino un bene dell'assente, apponendo però la clausola risolutiva.

" L'immesso in possesso — così scriveva un eminente " giureconsulto — potrebbe pure vendere un immobile " dell'assente, *purchè stipulasse la risoluzione del contratto* " pel caso che venisse provato esistere l'assente, od esser " egli morto in un momento in cui l'immesso in possesso " non era più suo erede.

" Così Pietro, possessore, consentirebbe validamente " l'alienazione d'un fondo facente parte dei beni dell'assente " in questi termini: *vi vendo il tal fondo per la somma di...;* " *ma il contratto dovrà essere riguardato come non avvenuto,*

(1) V. Demolombe, t. II, n. 137.

“ *se più tardi io mi trovassi obbligato, verso l'assente o i suoi*
“ *rappresentanti, alla restituzione di questo fondo.*

“ In tale caso, com'è manifesto, se l'immesso in pos-
“ sesso si trovi posteriormente obbligato alla restituzione,
“ la vendita si riguarderà come non mai avvenuta; se poi
“ non abbia luogo questa restituzione, l'immesso in pos-
“ sesso si troverà aver sempre avuta la proprietà del bene
“ alienato, e l'alienazione rimarrà valida „ (1).

Non ostante l'autorevolezza di quest'opinione, pensiamo però che giustamente il *Laurent* abbia ritenuto impossibile ammetterla, sebbene non ci siano sembrati da seguirsi i motivi addotti e che riferimmo di sopra (2).

È evidente che nel caso figurato dal *Marcadè*, il possessore, quantunque venda i beni dichiarandoli, come sono, appartenenti al patrimonio dell'assente, li vende però per conto proprio, non già in nome e rappresentanza dell'assente stesso. Ciò risulta dalla stessa condizione, che si suppone apposta, della risoluzione del contratto nel caso che sia provata l'esistenza dell'assente; e se fosse altrimenti, se la vendita dovesse intendersi fatta in rappresentanza anche dell'assente, essa sarebbe nulla per la mancanza dell'autorizzazione giudiziale.

Ritenuto pertanto che la vendita sia fatta dal possessore per proprio conto ed esclusivamente in proprio nome, non se ne può ammettere la validità; per la semplice ragione che la trasmissione immediata della proprietà — che è essenziale nel contratto di vendita — è impossibile a verificarsi da parte degli immessi in possesso temporaneo, ai quali la legge conferisce soltanto l'amministrazione e il godimento totale o parziale delle rendite dei beni, ritenuti tuttora come appartenenti all'assente.

È vero che su quei beni i possessori hanno pure dei diritti eventuali di proprietà, ed è possibile che questa

---

(1) V. Marcadé, art. 128, § 3, t. I, n. 424.
(2) V. Laurent, t. II, n. 183.

appartenga già fin d'ora ad essi, se la morte dell'assente siasi realmente verificata, quantunque non sia ancora provata. Questi loro diritti eventuali, essi — come dimostrammo — possono cederli quali sono ad altri, i quali subentreranno così nella loro identica condizione, cogli stessi diritti, coi medesimi obblighi; ma non possono trasferire la proprietà, di cui giuridicamente non sono reputati attualmente investiti, perchè la legge li considera invece solamente come amministratori aventi un diritto di godimento sulle rendite dei beni amministrati. Anche in questo, come nel secondo caso che esaminammo, la vendita è da riguardarsi come avente per oggetto *cosa altrui*, e perciò nulla.

Può forse riparare a ciò la condizione risolutiva, che si consiglia al possessore di apporre all'atto di alienazione dei beni dell'assente? Ma la condizione risolutiva, fintantochè è in sospeso, lascia produrre al contratto tutti gli effetti che ne sono proprii, come se la stipulazione fosse pura e semplice. Bisognerebbe dunque, perchè la vendita nel caso nostro fosse valida, che attualmente, e finchè durasse la incertezza dell'esistenza dell'assente, potesse dagl'immessi in possesso trasmettersi la proprietà dei beni dell'assente agli acquirenti, salva la risoluzione di tali loro diritti acquistati di proprietà, qualora ricomparendo l'assente od essendone provata l'esistenza, o provata la morte avvenuta in tal tempo che non fossero più suoi eredi gl'immessi in possesso temporaneo, si facesse luogo alla restituzione dei beni. Or non essendo legalmente possibile la trasmissione della proprietà dagl'immessi in possesso temporaneo ai terzi acquirenti, è chiaro dunque che la consigliata apposizione della clausola risolutiva non potrebbe rimediare alla nullità dell'alienazione fatta dagl'immessi in possesso temporaneo.

Dovendosi ritenere, come ci sembra, la nullità della vendita fatta dai possessori temporanei sotto condizione risolutiva, non presenta poi difficoltà la determinazione delle persone dalle quali codesta nullità possa essere proposta.

Secondo le idee che ci parvero da seguirsi, siamo sempre nel caso d'un'alienazione fatta in proprio nome dagl'immessi nel possesso temporaneo, non potendosi attribuire alcun effetto modificativo sostanziale all'apposizione della condizione risolutiva. Trattandosi di stabilire quali persone possano domandare la nullità della vendita, sono quindi applicabili quelle stesse considerazioni che esponemmo sopra, relativamente alla vendita che l'immesso in possesso temporaneo abbia fatta di beni dell'assente facendoli apparire come formanti parte del proprio patrimonio particolare. Così potrà proporre indubitabilmente la nullità l'assente medesimo quando ricomparisca; o quando sia soltanto provata l'esistenza di lui, chi lo rappresenti legittimamente quale procuratore o quale avente causa. Potranno proporla ancora, in rappresentanza dell'assente, gli stessi immessi nel possesso temporaneo dei beni di lui; salva sempre la loro responsabilità personale verso gli acquirenti, per quanto potesse esserne il caso. Ma non potrebbero invocare la nullità del contratto gli acquirenti, non essendo allegabile in loro favore la *buona fede;* mentre pei termini stessi del contratto erano pienamente conscii dello stato delle cose, sapendo di acquistare dal possessore temporaneo beni formanti parte del patrimonio dell'assente; in considerazione di che veniva appunto apposta al contratto la condizione risolutiva.

185. — Il codice Francese, e quelli d'Italia che lo avevano imitato, non contenevano disposizioni generali determinanti le facoltà degli immessi in possesso temporaneo in ordine alla rappresentanza dell'assente in giudizio: solo vi era detto che dopo l'immissione in possesso coloro che avessero ragioni da far valere contro l'assente dovrebbero proporle contro i possessori provvisionali (art. 134, cod. Franc. = 140, cod. D. S. = 1067, cod. Parm. = 98, cod. Alb. = 66, cod. Est.).

Perciò la dottrina, mentre era concorde nel ritenere che

i possessori predetti potessero, senz'alcuna autorizzazione, difendere l'assente in giudizio contro le azioni intentate da altri, di qualunque specie tali azioni fossero, era poi divisa di opinioni nel rispondere al quesito, se i possessori potessero liberamente rendersi attori rappresentando l'assente.

Tutti convenivano, che soli rappresentanti legali dell'assente in materia giudiziaria erano gl'immessi in possesso dei di lui beni, e che perciò unicamente a loro spettava l'esercizio d'ogni azione od eccezione, che competesse all'assente relativamente ai suoi beni, tanto come attore che come convenuto; ma i più opinavano, che per la introduzione di *azioni immobiliari* — eccettochè si trattasse di *divisioni ereditarie*, essendo per esse stabilito dall'art. 817 del codice Francese che i possessori provvisionali potessero liberamente promuoverle in nome dell'assente — fosse necessaria la previa autorizzazione del tribunale (1). Tale distinzione tra le azioni mobiliari e le immobiliari aveva, com'è evidente, una stretta attinenza colla massima, da molti professata, che l'autorizzazione giudiziale fosse necessaria per l'alienazione degli immobili, e non per quella dei mobili dell'assente; giacchè anche il contratto giudiziale, che si forma sopra un'azione proposta in giudizio, può avere gli effetti d'una indiretta disposizione dei beni che ne formano oggetto. Gravi ragioni si adducevano, oltre a ciò, in appoggio di questa opinione. L'art. 464 del codice Francese stabiliva che " nessun tutore, senza l'autorizzazione del consiglio di " famiglia, potesse intentare in giudizio un'azione relativa " ai diritti del minore *sopra beni stabili* ". Per analogia doveva pure ritenersi necessaria un'autorizzazione ai possessori provvisionali, amministratori dei beni dell'assente, per poter intentare in rappresentanza di lui azioni immobiliari. D'altronde, se si lasciassero liberi i possessori a poter promuovere tali azioni, la regola, che vieta ai possessori

(1) V. Duranton, t. I, n. 492; De Moly, *Traité des absents*, n. 495, ss.; Plasman, *Code et traité des absents*, t. I, p. 205, ss.; Demante, *Encyclop. de droit*, v° *Absent*, n. 90; Aubry e Rau, t. I, § 153, n[a] 16.

medesimi l'alienazione dei beni immobili dell'assente, potrebbe facilmente essere elusa; bastando porre di fatto il terzo in possesso d'un immobile, e promuovere poscia una domanda di rivendicazione, nella quale il rappresentante dell'assente rimarrebbe, per collusione, soccombente. L'eccezione ammessa dall'art. 817 relativamente all'azione di divisione doveva considerarsi anzi come una conferma della regola in senso contrario; tanto più che quella eccezione si giustificava per ragioni affatto speciali, in quanto che l'azione predetta, tendendo soltanto a promuovere le operazioni necessarie per far cessare la comunione, non è di tal natura da compromettere in sè il diritto di comproprietà, e quanto ai risultamenti eventuali della divisione, gl'interessi dell'assente hanno una sufficiente guarentigia nell'intervento della giustizia.

Nondimeno l'opinione contraria ebbe pure sostenitori autorevolissimi, e l'appoggio di considerazioni non meno importanti da contrapporre. L'immissione in possesso temporaneo di tutti i beni dell'assente trasferisce necessariamente a coloro che la ottengono anche l'esercizio delle azioni facenti parte del patrimonio dell'assente stesso. Nessuna disposizione di legge apponeva limitazioni a tale esercizio, nessun testo assoggettava i possessori alla necessità d'un'autorizzazione per intentare azioni immobiliari. Chè anzi, allorchè nell'art. 817 il legislatore erasi occupato della speciale azione per la divisione, ne aveva attribuito indistintamente il libero esercizio agl'immessi in possesso dei beni dell'assente. Nè vi era motivo di considerare questa come *una eccezione*, anzichè come applicazione d'un principio generale. Certo, nel giudizio divisionale gl'interessi di coloro che vi prendono parte sono guarentiti da speciali formalità. Ma l'intervento della giustizia non è forse una guarentigia sufficiente anche per le altre azioni? Tanto più che coll'interesse dell'assente s'identifica quello degli stessi possessori provvisionali attori. D'altra parte il contendere in giudizio non è fare un atto di disposizione dei beni,

ma anzi di conservazione e di necessità; e le sentenze non sono che dichiarative dei diritti preesistenti delle parti. Non è da supporsi una collusione fraudolenta per danneggiare l'assente; e ad ogni modo l'identità d'interessi dei possessori provvisionali, la loro personale responsabilità verso l'assente, la cauzione che debbono avere prestata, rassicurano abbastanza contro tale pericolo. Non vi è analogia tra il caso del tutore, che amministra i beni altrui, e quello dei possessori temporanei dei beni dell'assente, dai quali è amministrato un patrimonio che probabilmente rimarrà in loro mani. Oltre a ciò il tutore, per promuovere in giudizio azioni relative a beni stabili, abbisognava, secondo l'art. 464 del codice Francese, dell'autorizzazione del consiglio di famiglia. Ma il possessore dei beni dell'assente dovrebbe chiedere l'autorizzazione a quel tribunale stesso davanti a cui proporrebbe poi l'azione; e l'esame preambolo che il tribunale avrebbe a fare della questione, sulla quale sarebbe poi chiamato a giudicare, non offrirebbe una guarentigia più efficace contro i temuti pericoli di collusione e simulazione (1).

Queste ragioni, che nella interpretazione del codice Francese davano un peso grandissimo a quest'ultima soluzione d'una questione dubbia, sono adottabili per noi come giustificazione della stessa massima, che dal codice nostro ci sembra incontestabilmente accolta. Il codice Italiano infatti — a differenza del Francese, che nell'art. 134 erasi limitato a parlare delle *azioni passive* dell'assente, senza fare alcuna espressa dichiarazione speciale circa le *azioni attive* — ha nell'art. 28, con espressioni generali ed assolute, attribuito ai possessori provvisionali *il diritto di promuovere in giudizio le ragioni dell'assente;* ed ha poi stabilito nell'art. 35 che contro i possessori stessi *debbano essere proposte tutte le ragioni* che si abbiano a far valere contro

(1) V. Proudhon, *Tr. sur l'état des personnes*, t. I, c. XX, s. III, § 5, p. 289; Marcadé, art. 134, § 1, t. I, n. 455; Zachariae, t. I, § 154, 1, n^a 7; Demolombe, t. II, n. 114;

l'assente, alla cui difesa debbono quindi provvedere, rappresentandolo, i possessori predetti. Per testo espresso di legge spetta dunque agl'immessi in possesso temporaneo l'esercizio di qualsiasi azione, tanto attiva che passiva, dell'assente; senza distinzione alcuna dell'oggetto che ciascuna azione possa avere. E poichè alla libertà nell'esercizio dei diritti delle persone non possono farsi limitazioni, se non dalla legge, e alle disposizioni di essa in tale materia, appunto perchè di eccezione a quel principio fondamentale di libertà, non può essere supplito neppure per analogia dedotta da altre disposizioni; è chiaro dunque che il diritto attribuito agl'immessi in possesso temporaneo, di esercitare le azioni spettanti all'assente, non può essere subordinato alla condizione che essi ne riportino autorizzazione giudiziale, non essendo una tale limitazione scritta nel testo della legge. Vero è che l'art. 29 § 2° richiede l'autorizzazione giudiziale acciocchè gl'immessi in possesso provvisorio possano fare *qualunque atto eccedente la semplice amministrazione*. Ma, oltrechè quella disposizione si riferisce evidentemente agli *atti estragiudiziali*, non è poi qualificabile per se stesso come *atto eccedente l'amministrazione* il promuovere in giudizio un'azione, mentre ciò è *necessario per conservare* l'integrità del patrimonio amministrato.

Del resto quelle speciali disposizioni del codice Francese, che offrivano argomenti all'opinione contraria, mancano o sono diverse nel codice Italiano. Non vi è in questo un articolo, che, come l' 817 del codice Napoleonico, esprima che l'azione per la divisione, in rappresentanza dei coeredi assenti, si esercita dai parenti che sono stati messi in possesso. E quindi non vi è più occasione di argomentare *a contrario* che l'esercizio di altre azioni non sia ugualmente libero per gl'immessi in possesso temporaneo. Quanto poi all'amministrazione tutelare, il codice Italiano all'art. 296 richiede sempre identiche formalità per *promuovere azioni in giudizio;* nè fa più luogo alla distinzione accennata nell'art. 464 del codice Francese tra le *azioni relative ai diritti*

del minore sopra beni stabili, e le altre; e però non è più il caso di poterne trarre argomento d'analogia per sostenere che gl'immessi nel possesso temporaneo dei beni dello assente siano liberi nel promuovere in giudizio le azioni mobiliari a lui spettanti, ma debbano riportare prima l'autorizzazione del tribunale per l'esercizio delle azioni immobiliari.

Crediamo pertanto di poter conchiudere con sicurezza, che secondo il codice Italiano spetta ai possessori provvisionali la rappresentanza dell'assente in qualunque contestazione giudiziale; senza distinguere tra azioni passive ed attive, personali e reali, mobiliari ed immobiliari, possessorie e petitorie; e senza che sia mai necessaria alcuna precedente autorizzazione.

La facoltà libera dei possessori è però limitata ad agire o difendere in giudizio; e suppone la guarentìa della discussione giudiziale, e della sentenza. Quando invece si trattasse di fare atto di acquiescenza a domande intentate da altri contro l'assente, sarebbe indispensabile riportare l'autorizzazione giudiziale, a termini di quanto è disposto nell'art. 29 § 2° del codice; giacchè quello di acquiescenza è indubitabilmente un atto eccedente l'amministrazione semplice, un atto di disposizione di beni (1); eccettochè l'oggetto della domanda, alla quale i possessori s'acquietassero, consistesse appunto in cose di semplice amministrazione, e specialmente se riguardasse il conseguimento delle rendite.

Può avvenire che taluno, immesso nel possesso temporaneo dei beni d'un assente, abbia azioni da esercitare contro l'assente medesimo; e quantunque non incorra alcun pericolo che l'azione si estingua per prescrizione, essendone sospeso il corso in virtù del disposto dell'ultimo paragrafo dell'art. 2119, cod. civ., può tuttavia quel possessore avere interesse ad esercitare l'azione, specialmente

---

(1) V. Demolombe, t. II, n. 115; Aubry e Rau, t. I, § 153, p. 607.

se altri insieme a lui siano immessi nel possesso dei beni, quali coeredi testamentari o legittimi dell'assente. Nessuna regola essendo stata espressamente stabilita dalla legge per l'esercizio dell'azione, fu suggerito di far nominare dal tribunale un curatore, contro il quale si possa poi proporre la domanda; e ciò per analogia della disposizione scritta per l'erede beneficiario nell'art. 996 del codice di procedura civile Francese, a cui corrisponde l'art. 880 del codice processuale nostro (1). E ci sembra che l'argomento di analogia sia giustamente invocato in questo caso; ritenuto però, che qualora l'azione spetti ad alcuni soltanto degl'immessi in possesso, costoro debbano proporla contro gli altri, che in qualità di eredi testamentari o legittimi partecipino alla stessa immissione; e che solo quando non vi siano altri possessori, o tutti promuovano la stessa azione, si faccia luogo a chiedere la nomina d'un curatore, che rappresenti l'assente in giudizio, conformemente appunto a quanto è dichiarato nel citato articolo 880 del codice di procedura civile.

186. — Per determinare quali possano e debbano essere gli effetti degli atti che si facciano dai presunti eredi dell'assente, in seguito alla loro immissione nel possesso temporaneo dei beni di lui, è necessario prendere in considerazione tre distinti ordini di rapporti; cioè, quelli che esistono reciprocamente fra più persone le quali abbiano ottenuta una tale immissione in possesso; quelli che intercedono tra i possessori e l'assente; e quelli che riguardano i terzi, coi quali i possessori, nell'amministrazione da essi tenuta, abbiano fatto atti o stipulate convenzioni.

In questa parte, più che in qualunque altra, s'incontrano quelle difficoltà che sono prodotte dalla singolarità della situazione; trattandosi di definire le particolari conseguenze giuridiche d'un istituto, in virtù di cui si attribuiscono ai

---

(1) V. Demolombe, t. II, n. 108.

presunti eredi dell'assente alcuni speciali diritti, i quali non sono veramente di successione, ma pure si fondano su di essa, e possono assumere caratteri ed effetti diversi, secondochè la incertezza attuale sulla esistenza dell'assente si risolva più tardi coll'accertamento della vita o della morte di lui. Le difficoltà sono tante, che qualche autore è giunto a dire di non credere che sia possibile rispondere con regole generali ed assolute alle varie questioni che possono presentarsi. Nondimeno è di sommo interesse lo stabilire almeno i principii fondamentali, che debbano servire di guida; ed è ciò che tenteremo di fare, riferendoci alle teorie generali prima d'ora esposte (1).

A nostro modo di vedere l'immissione in possesso è un istituto giuridico d'indole affatto speciale, i cui caratteri non sono da confondersi con quelli d'un aprimento neppure provvisorio della successione dell'assente, ma che prendendo per base i diritti eventuali di tale successione, verificabili nel caso che l'assente sia morto, conferisce sui beni da lui lasciati, a coloro che sarebbero chiamati a succedergli per testamento o *ab intestato*, certi particolari diritti, determinati nell'art. 28 del codice civile.

Questi diritti cessano qualora l'assente ricomparisca, o venga provata la sua esistenza, od essendone provata la morte risulti che altri erano al tempo di essa gli eredi (articoli 33, 34, cod. civ.). E poichè allora è dimostrato che i beni, dati in possesso a coloro che al tempo da cui partiva la presunzione di assenza sarebbero stati gli eredi, rimasero sempre in proprietà dell'assente, o da lui furono trasmessi ad altri eredi; quel possesso assume retroattivamente il carattere di mera precarietà, e gli atti compiuti nell'intervallo dai possessori relativamente a quei beni sono quindi da reputarsi fatti in nome e per l'interesse dell'assente o dei veri eredi di lui, in virtù d'un mandato che n'era conferito dalla legge. Se al contrario l'assente non ricomparisce, o

---

(1) V. sopra, n. 163, p. 608-615; n. 180, p. 754-756.

se, provatane la morte, essa risulta avvenuta in tempo che i medesimi immessi in possesso siano gli eredi, la proprietà dei beni si rafferma definitivamente e retroattivamente in capo a loro; e perciò gli atti compiuti durante l'amministrazione degl'immessi in possesso non possono che reputarsi fatti nel loro esclusivo interesse.

Da ciò reputiamo potersi dedurre agevolmente i principii fondamentali ricercati.

Gl'immessi in possesso non hanno, come tali, altre relazioni reciproche fuor di quelle derivanti dall'essere chiamati eventualmente insieme alla successione dell'assente; su di che appunto si fonda l'attribuzione ad essi di quella immissione in possesso e dei relativi diritti. Gli atti, che gl'immessi in possesso, in tale qualità, possono fare tra loro, e gli effetti giuridici derivabili dagli atti medesimi, devono dunque essere regolati colle norme proprie del diritto successorio, che è l'unica base delle relazioni esistenti tra i possessori predetti.

Degli atti compiuti dagli immessi in possesso temporaneo durante la loro amministrazione non possono cadere in controversia gli effetti, relativamente all'assente, se non nei casi sopra cennati; ch'egli sia ricomparso, o sia provata la sua esistenza, od essendo provato il tempo in cui ne avvenne la morte, spetti ad altri il diritto di successione. Ora in tali ipotesi dovendosi, come dicemmo, reputare precario il possesso esercitato da coloro che ne avevano conseguita l'immissione, e gli atti da essi effettuati dovendosi considerare come fatti in nome e per l'interesse dell'assente o di chi per lui, in virtù di mandato legale, è dunque coll' applicazione appunto delle norme riguardanti il mandato, che gli effetti di questi atti, relativamente all'assente od ai suoi veri eredi, debbono essere regolati.

Rimpetto ai terzi, finchè rimane incerta l'esistenza dell'assente, gl'immessi in possesso temporaneo agiscono in virtù dello speciale diritto ad essi attribuito dalla legge; e

in questo stato di cose gli atti da essi compiuti producono i loro effetti di diritti e di obbligazioni in favore dei possessori medesimi o contro di loro. Ma, cessata che sia l'assenza, se l'assente è ricomparso, od è provata la sua esistenza, od è provato che al tempo in cui ne avvenne la morte altri ne erano gli eredi, gli effetti giuridici degli atti fatti da coloro che avevano ottenuto il possesso provvisorio si rivolgono intieramente e retroattivamente a profitto od a carico dell'assente o dei suoi veri eredi; ed ai possessori non rimane, anche a fronte dei terzi, altra veste od altra responsabilità che di semplici mandatari ed amministratori: se al contrario l'assente non ritorna, nè giungono notizie di lui, o se ne viene provata la morte, gl'immessi in possesso sono da considerarsi, in riguardo ai terzi e per gli effetti degli atti e dei contratti con essi avvenuti, come i veri proprietari dei beni lasciati dall'assente.

187. — Abbiamo detto nel numero precedente che i rapporti degl'immessi in possesso dei beni dell'assente, fra loro, hanno da regolarsi colle norme proprie del diritto successorio.

Conseguenza di questo principio dev'essere che fra i medesimi possessori facciasi luogo anche ad una divisione del patrimonio dell'assente; divisione, ben s'intende, non di proprietà, chè questa non può ancora dirsi definitivamente spettante a quelle persone, ma relativa soltanto al possesso, all'amministrazione ed al godimento dei beni, sui quali codesti diritti sono loro attribuiti dalla legge. Essa li conferisce individualmente e distintamente a ciascuno degli eredi testamentari o dei presunti eredi legittimi dell'assente, dipendentemente appunto dalle ragioni eventuali che essi hanno nella eredità di lui (art. 26 § 2°, cod. civ.); nè vi è disposizione alcuna che li obblighi ad esercitare quei diritti in comunione. Su qual fondamento potrebbesi dunque ritenere vietato ai possessori di convenire, od anche di chiedere giudizialmente la divisione del patrimonio dell'as-

sente, per gli effetti del possesso, dell'amministrazione e del godimento a ciascun d'essi spettante? E non sarebbe ciò contrario allo spirito di quella regola generale, con cui si volle espressamente escludere che potesse taluno essere costretto a rimanere in comunione (art. 681, cod. civ.)? Se fosse accertato che la successione dell'assente si fosse aperta, gli eredi avrebbero diritto a dividersi la proprietà dei beni ereditari. Nella incertezza dell'esistenza dell'assente la legge concede ai medesimi eredi di poter esercitare intanto su quei beni le loro eventuali ragioni successorie, a titolo però di semplice possesso, di amministrazione e di godimento totale o parziale delle rendite. È coerente a ciò che allo scopo limitato dell'esercizio di queste loro ragioni, possano quegli eredi domandare la divisione dei beni costituenti il patrimonio dell'assente, come potrebbero chiederla per la proprietà qualora fosse accertata la trasmissione di essa in loro favore.

Il codice Francese aveva una disposizione, che poteva dare appoggio ad un concetto opposto; giacchè, dopo aver determinato in quali casi si facesse luogo alla *definitiva immissione in possesso*, dichiarava che " tutti coloro che ne " avranno il diritto, *potranno domandare la divisione dei " beni dell'assente* ". Dal che qualche autore volle appunto argomentare, che solamente *dopo l'immissione definitiva in possesso*, non mai durante l'immissione temporanea, potesse farsi luogo a divisioni (1). L'ultimo degli scrittori ora citati era anche in ciò perfettamente coerente al sistema da lui adottato. Portando egli opinione che il possesso provvisionale dei beni dell'assente fosse conceduto ai presunti eredi pel solo interesse dell'assente medesimo, e nessun diritto dovesse reputarsi attribuito ad essi, ma unicamente l'onere di amministrare, col compenso d'un godimento di rendite, era logica la deduzione da lui trattane, che " fino a quando " l'immissione non è che provvisoria, l'interesse dell'as-

(1) V. De Moly, *Traité des absents*, n. 414; Laurent t. II, n. 186.

“ sente domina quello degl'immessi in possesso „ e che l'amministrazione dei beni confidata a costoro pel solo vantaggio dell'assente, non deve attribuire loro il diritto di dividere il patrimonio allo scopo di amministrarlo; salvo all'autorità giudiziaria il dirimere col suo potere discretivo, e sempre coll'unico intento di proteggere l'interesse dell'assente, quelle difficoltà che fossero per derivare da un'amministrazione esercitata in comune.

Ma poichè, come abbiamo già dimostrato, queste idee dell'illustre scrittore non sembrano accettabili; e l'immissione in possesso è da reputarsi istituita, non a solo benefizio dell'assente, ma anzi direttamente e principalmente in favore dei presunti eredi; e gli effetti della immissione stessa costituiscono veri e propri diritti individualmente conferiti dalla legge ai singoli eredi predetti (1); bisogna conchiuderne, contrariamente all'assunto del sullodato autore, che se l'attendere l'immissione definitiva in possesso è indispensabile per poter procedere alla divisione parimente definitiva della proprietà dei beni lasciati dall'assente, non dev'essere però interdetto, durante la stessa immissione temporanea, il fare divisioni provvisorie, aventi per oggetto semplicemente il possesso e l'amministrazione di quei beni, ed il godimento delle rendite.

Tale infatti è l'opinione concorde di tutti gli altri interpreti del codice Francese; i quali hanno ammesso che quando esistano più eredi o successori immessi in possesso del patrimonio dell'assente, essi sono autorizzati a convenire amichevolmente, e quando occorra chiedere anche giudizialmente l'uno contro l'altro, la divisione di quel patrimonio, salvo che “ la domanda non può avere per “ oggetto che una divisione d'amministrazione e di godi- “ mento „.

Osservarono essi, che l'art. 129 del codice Francese “ sembrerebbe dire che gli eredi od altri successori dell'as-

(1) V. sopra, n. 135, p. 457, ss.: n. 137, p. 469, ss.

" sente non avessero fondamento a chiedere la divisione, " se non dopo l'immissione definitiva. Ma tale non può " essere il senso vero di questo articolo, che nella sua disposizione finale ebbe probabilmente in vista il caso che la " immissione definitiva sia pronunziata *de plano*, senz'essere preceduta da immissone provvisoria; sia perchè il " coniuge comune di beni abbia prescelta la continuazione " della comunione (art. 124), sia perchè siano già trascorsi " cento anni compiti dalla nascita dell'assente (art. 129). " Infatti il diritto di procedere a divisioni sin dal giorno " della immissione provvisionale in possesso, risulta dagli " articoli 120 e 123, i quali chiamano ciascuno dei successori a poter esercitare, divisamente per la propria parte " rispettiva, i diritti che per la morte provata dell'assente " sarebbero aperti a loro vantaggio ".

Osservarono inoltre che tutto quanto potevasi ragionevolmente dedurre dalla disposizione dell'art. 129, limitavasi a questo solo: " che durante il periodo della immissione in possesso provvisionale, nessuno degl'immessi " potesse essere costretto a procedere ad una *divisione definitiva*, ossia di *proprietà* " (1).

A quest'ultima idea sembra che abbia voluto conformarsi il nostro legislatore, col disporre nell'art. 37 che " pronunziata l'immissione nel possesso definitivo..... coloro che " ottennero la immissione nel possesso temporaneo, od i " loro eredi e successori, *possono procedere a divisioni definitive*, e disporre dei beni liberamente ". Quello dunque che si subordina alla precedente immissione definitiva in possesso, è unicamente *il procedere a divisioni definitive;* rendendone oggetto, cioè, *la proprietà* stessa dei beni lasciati dall'assente. Ma con ciò non è escluso — ed anzi la espressione del testo viene implicitamente ad ammetterlo — che durante l'immissione temporanea possano farsi *di-*

(1) V. Duranton, t. I, n. 503; Marcadé, art. 129, § 7, t. I, n. 433; Zachariae, t. I, § 154, 2, nª 12; Demolombe, t. II, n. 128; Aubry e Rau, t. I, § 153, 2, nª 18.

visioni provvisorie riguardanti semplicemente il possesso, l'amministrazione e il godimento delle rendite di quei beni.

Vi è però ancora una obbiezione importante, a cui bisogna rispondere. Alle divisioni stesse convenzionali, ed a tutte le stipulazioni ad esse relative, non farà ostacolo il principio secondo il quale è vietata qualsiasi contrattazione che abbia per oggetto una successione non ancora aperta? (art. 791, 1130, 1600, cod. Franc. = 954, 1118, 1460, cod. civ. It.). Il dubbio diveniva gravissimo, stando a quel sistema che cercava tutto il fondamento della immissione dei presunti eredi nel possesso temporaneo, dei beni dell'assente in un'*apertura provvisoria della successione* di lui. In quest'ordine d'idee riusciva impossibile negare che le stipulazioni relative alle divisioni, susseguenti a quella immissione in possesso temporaneo, fossero pattuizioni aventi per oggetto una successione non ancora aperta; dappoichè aprimento vero di successione non può esservi se non quando venga ad essere provato che siasi verificata la morte dell'assente, e in qual tempo essa sia avvenuta (articolo 34, cod. civ.). La dottrina e la giurisprudenza erano perciò esitanti. Prevaleva nondimeno l'opinione che le convenzioni relative alla divisione del patrimonio d'un assente non fossero da riguardarsi come *patti successorii vietati;* ed eccone i motivi, come furono esposti da un giureconsulto meritamente celebrato:

“ È verissimo, senza dubbio, che la successione non è
“ aperta dall'assenza..... la successione vera, la successione
“ propriamente detta. Ma tuttavia l'assenza dichiarata pro-
“ duce una situazione, che per molti rapporti somiglia
“ assai da vicino alla successione stessa; e perciò gli arti-
“ coli 791, 1130 e 1600 non sono allora applicabili. Non
“ si riscontrano infatti in questo caso i due motivi precipui
“ sui quali quegli articoli sono fondati; cioè la mancanza
“ di oggetto e l'immoralità del patto sopra una successione
“ futura. La mancanza d'oggetto? Ma vi sono pure i beni,

" posti, per così dire, alla portata delle persone che vi
" hanno diritto. L'immoralità della convenzione e il *votum*
" *mortis*, che vi è implicato? Neppur ciò sussiste. È la
" legge stessa, che chiama gli eredi e tutti gli altri interes-
" sati, e bisogna pure ch'essi possano fare tra loro tutte le
" trattative e tutti gli accordi occorrenti. Chi vuole il fine,
" vuole i mezzi. E come potrebbero essi giungere ad una
" divisione, se non avessero mezzi per risolvere le difficoltà
" che sorgessero tra loro a tale proposito? D'altra parte
" che importa all'assente che i beni suoi si trovino nelle
" mani piuttosto d'uno che d'un altro degl'immessi in pos-
" sesso, mentre gl'interessi di lui sono sempre guarentiti
" nel medesimo modo? „ (1).

Bisogna però convenire che in questo ragionamento si rivela uno sforzo troppo evidente. Fra l'altro, dall'idea che la dichiarazione d'assenza produca una condizione di cose *presso a poco simile all'aprimento della successione* dell'assente, se ne vuole dedurre l'inapplicabilità delle disposizioni di legge recanti il divieto di fare stipulazioni intorno ad una successione non ancora aperta; mentre la conclusione parrebbe doverne essere precisamente l'opposta, essendo da comprendersi in quel divieto anche la successione dell'assente, dappoichè essa *non è ancora aperta;* per quanto si voglia ammettere che gli effetti della dichiarazione di assenza si avvicinino a quelli dell'aprimento della successione.

Non ha quindi avuto torto un altro autore, il quale ha osservato, che veramente " una differenza vi è tra le con-
" venzioni che gl'immessi in possesso provvisionale facciano
" sulla successione dell'assente, e quelle che siano stipulate
" dagli eredi presuntivi sulla successione d'un uomo vi-
" vente..... Si può conchiuderne che quelle convenzioni non
" siano *veri patti successorii*. Ma d'altra parte non si può
" affermare neppure che siano *convenzioni sopra una suc-*

(1) V. Demolombe, t. II, n. 130.

“ *cessione già aperta*..... Esse quindi non sarebbero meno
“ nulle, quantunque diverse da veri patti successorii,
“ poichè avrebbero per oggetto una successione non ancora
“ aperta „ (1).

Il medesimo autore confermava questa sua conclusione con un altro argomento; che cioè gl'immessi in possesso, quali semplici amministratori, non aventi alcun diritto proprio sui beni dell'assente, mancherebbero di qualità per poter stipulare convenzioni relativamente ai beni medesimi. Non potremmo annettere importanza a quest'ultima considerazione, essendoci sembrato che l'immissione in possesso temporaneo attribuisca a coloro che la ottengono veri diritti proprii sui beni lasciati dall'assente (2); laonde non sarebbe da negarsi sotto questo aspetto ai possessori la qualità necessaria per poter stipulare convenzioni relativamente ai diritti medesimi. Ma neppure crediamo disconoscibile, che ammettendo verificarsi in forza della dichiarazione di assenza una specie di apertura provvisoria della successione, sarebbe da ritenersi per coerenza, che poichè di successione si tratterebbe, e questa d'altra parte non potrebbe dirsi veramente aperta finchè non fosse provata la morte dell'assente, fosse frattanto applicabile la proibizione generale di fare stipulazioni relativamente a successioni non ancora aperte.

Se non che, parve a noi doversi escludere l'idea di un aprimento provvisorio di successione; e doversi riguardare invece l'immissione in possesso temporaneo, susseguente alla dichiarazione di assenza, come un istituto speciale, creato a benefizio dei presunti eredi dell'assente, ed attribuente ad essi alcuni particolari diritti tassativamente determinati dalla legge (art. 28, cod. civ.), completamente distinti da quelli eventuali di successione (3). E posto ciò, si rende assai più agevole lo spiegare come sia lecito agli

(1) V. Laurent, t. II, n. 186.
(2) V. sopra, n. 137, p. 469, ss.
(3) V. sopra, n. 136, p. 465-468.

immessi in possesso temporaneo di procedere alla divisione del patrimonio dell'assente ed a tutte le stipulazioni relative, per gli effetti dei diritti ad essi conceduti dal detto art. 28 del codice civile, senza contravvenire alla proibizione contenuta nell'art. 1118 dello stesso codice. Quelle stipulazioni avendo per oggetto i preaccennati diritti particolari, affatto distinti da quelli di successione all'assente, quantunque fondati sulla eventuale vocazione a tale successione, il divieto dell'art. 1118 non ha più alcuna applicazione possibile.

Nè può sostenersi che la convenzione manchi d'oggetto, come quando concerne una successione futura; perchè mentre in tal caso i contraenti hanno semplici *aspettative*, non diritti attuali da poter dedurre in contratto, gl'immessi in possesso hanno invece veri diritti acquisiti in virtù della disposizione fatta in loro favore nell'art. 28 del codice. E neppure si può affermare che quella convenzione contenga qualche cosa contraria alla moralità, perchè nulla d'immorale può riscontrarsi nel dedurre in contratto diritti patrimoniali proprii, e nel determinare gli oggetti, sui quali, in concorso d'altri interessati, quei diritti debbano essere esercitati. Così, non altro occorre in questo caso che la pura e semplice applicazione del principio fondamentale, secondo cui ciascuno può fare relativamente alle cose proprie tutte quelle convenzioni che stimi di suo interesse, purchè non siano contrarie alla legge, nè al buon costume o all'ordine pubblico.

In circostanza delle divisioni di cui parliamo, i presunti eredi possono fare — sempre però limitatamente agli effetti dell'art. 28, cod. civ. — tutto quello a cui vi sarebbe luogo in una divisione ordinaria di proprietà, secondo le regole e nei modi stabiliti per le divisioni ereditarie.

Tuttavia sarebbero evidentemente inapplicabili quelle fra tali regole, che potessero dar luogo a trasferire la proprietà dei beni dell'assente, od anche solo ad investire persone estranee dei diritti stabiliti dall'art. 28, relativamente ai cui

effetti la divisione si opera; perchè la proprietà dei beni deve rimanere all'assente, pel caso ch'egli ricomparisca o giungano sue notizie, e gli stessi diritti di possesso, d'amministrazione e di godimento sono conferiti dall'art. 28 ai singoli presunti eredi personalmente.

Pertanto ciascuno degl'immessi in possesso potrebbe chiedere l'assegnazione della sua parte dei beni mobili ed immobili dell'assente, per possederli, amministrarli e goderne le rendite. Potrebbesi pure, quanto agl'immobili che non fossero suscettibili di commoda divisione, convenire tra le parti che ne seguisse l'aggiudicazione per *licitazione*, cioè mediante *incanto fra i soli condividenti* (art. 988, codice civile). Ma non potrebbesi stabilire che si vendessero ai pubblici incanti i mobili, non ostante che consentisse a ciò il maggior numero dei possessori temporanei (art. 987, cod. civ.); nè che degl'immobili non commodamente divisibili si procedesse all'incanto, per aggiudicarne il possesso, l'amministrazione e il godimento, ammettendovi anche persone estranee (1).

Seguendo il principio che alle divisioni di possesso, tra coloro che l'ottennero temporaneamente sui beni dell'assente, siano applicabili, in generale, le regole stesse a cui sarebbero soggette le divisioni di proprietà fra gli eredi dell'assente , qualora la successione di lui si fosse aperta, sarebbe da ritenersi che ciascuno dei condividenti dovesse, nei casi e secondo le norme della *collazione*, rapportare tutto ciò che gli fosse stato donato dall'assente (art. 991, 1001 e seg., cod. civ.).

Ad una tal massima sarebbero opponibili per altro alcuni importanti argomenti. Durante il possesso temporaneo, i beni formanti oggetto dell'esercizio provvisorio delle ragioni dei presunti eredi non possono essere altri che quelli lasciati effettivamente dall'assente, quelli facienti parte del patrimonio di lui al tempo in cui scomparve dall'ultimo suo

(1) V. Zachariae, t. I, § 154, 2; Demolombe, t. II, n. 129; Aubry e Rau, t. I, § 153, nª 21.

domicilio, o al tempo delle ultime sue notizie. D'altra parte i possessori temporanei non essendo che investiti del possesso, dell'amministrazione e del godimento del patrimonio dell'assente, non possono esercitare diritti che a lui non apparterrebbero. Ora l'assente non poteva più avere ad esercitare sui beni da lui donati alcun diritto, salvo quello di rivocazione della donazione nei casi ammessi dalla legge.

Nondimeno a queste obbiezioni, per quanto gravi, non mancano risposte che sembrano abbastanza soddisfacenti. La dichiarazione di assenza non potrebbe certamente bastare da sè sola per autorizzare i presunti eredi dell'assente a chiedere direttamente l'immissione in possesso di beni che non avessero effettivamente fatto parte del patrimonio di lui al tempo della sua scomparsa, o delle ultime sue notizie; nè ad esercitare diritti che all'assente medesimo non apparterrebbero. Ma non si tratta di ciò. È il donatario che reclama contro gli altri presunti eredi dell'assente la propria parte nel possesso, nell'amministrazione e nel godimento del patrimonio di lui. Questa sua domanda dev'essere ammessa, senza ch'egli sia tenuto a conferire ai presunti coeredi ciò che abbia ricevuto dall'assente per donazione diretta o indiretta? Ecco i veri termini della questione; risolvendo la quale in senso favorevole al donatario, è certo che si potrebbe incorrere in ingiustizie enormi. Uno dei presunti eredi dell'assente avrà ricevuto da questo per donazione più di quanto corrisponde al valore di tutto il rimanente patrimonio da lui lasciato al momento in cui scomparve; e nondimeno questo presunto erede, oltre a conservare ciò che ha ricevuto per donazione, potrà pretendere di partecipare coi coeredi al possesso della sua parte degli altri beni rimasti, ne avrà il godimento per tutta la durata dell'immissione temporanea in possesso fino a 30 anni, ed allora soltanto, quando sia pronunziata l'immissione in possesso definitivo, procedendosi a divisioni parimente definitive (art. 36, 37, cod. civ.) si farà luogo alla *collazione*, a senso degli art. 1001 e seguenti.

Sarebbe invero deplorabile se l'applicazione rigorosa dei principii costringesse ad accettare una simile conclusione; ma non pare che ciò sia. Occupandosi della questione un insigne giureconsulto francese argomentò nei termini seguenti: " Il coerede, che domanda la propria " parte nella immissione in possesso dei beni appartenenti " all'assente nel tempo delle ultime sue notizie, questo " coerede accetta ed invoca la *presunzione di morte* la quale " produce *una specie d'apertura provvisoria della successione.* " Ora, poichè egli invoca una tale presunzione, essa può " dunque essergli reciprocamente opposta..... *quod produco,* " *non reprobo.* È impossibile infatti il dividerla, accettan" dola da una parte e ripudiandola dall'altra. Questa pre" sunzione di morte è dunque il titolo reciproco, il titolo " comune di tutti quelli che prendono parte all'immissione " in possesso. *Fra loro* non è un deposito, è una succes" sione anticipata, che si apre provvisoriamente, e che per " conseguenza deve, pei rapporti appunto *fra loro,* reg" gersi colle medesime norme della successione vera „ (1).

Quest'ordine d'idee non potrebbe certamente essere seguìto da noi, giacchè opinammo che la dichiarazione di assenza e la successiva immissione dei presunti eredi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, non siano da reputarsi fondate sopra una presunzione di morte dell'assente medesimo, nè diano luogo ad un aprimento provvisorio della successione di lui (2). Però dimostrammo eziandio che della immissione in possesso temporaneo, e dell'attribuzione dei diritti determinati nell'articolo 28 del codice civile, essendo fondamento la qualità di eredi presuntivi, testamentari o legittimi dell'assente, è imprescindibile la osservanza di quelle, tra le regole del diritto successorio, dalle quali dipende la determinazione di tale qualità di eredi, e la determinazione di quella parte del patrimonio lasciato

(1) V. Demolombe, t. II, n. 132.
(2) V. sopra, n. 134, p. 443-445, n. 136, p. 467, 468.

dall'assente, sulla quale da ciascuno dei presunti eredi sarebbero esercibili le loro ragioni successorie qualora venisse provato l'aprimento della successione, e sulla quale essi possono corrispondentemente, finchè dura la incertezza sulla esistenza dell'assente, esercitare intanto temporaneamente i diritti di possesso, di amministrazione e di godimento conceduti loro dalla legge (1). Ora, stabilito ciò, ne consegue chiaramente che il presunto erede, a cui sia stata fatta dall'assente qualche donazione, non potendo pretendere, nella immissione in possesso e nella divisione dei beni lasciati dall'assente stesso, una parte maggiore di quella che gli spetterebbe qualora fosse aperta la successione, nella quale egli sarebbe tenuto a conferire ciò che aveva ricevuto in donazione, dovrà tener conto d'un simile conferimento anche in questa divisione temporanea, per determinare la quantità dei beni dei quali potrà assumere il possesso, l'amministrazione e il godimento; e dovrà quindi, *se intende prender parte alla divisione*, o consentire a rimettere in natura le cose donate nel patrimonio dell'assente, all'effetto che anche sovr'esse possano essere esercitati da tutti i presunti eredi i diritti stabiliti dall'articolo 28 del codice civile; ovvero, a propria scelta, imputare il valore delle cose donate nella sua porzione (art. 1015, cod. civ.). In questa guisa soltanto sarà rispettato il principio della uguaglianza tra coeredi; principio che come è fondamentale nelle divisioni definitive, di proprietà, così dev'essere anche osservato in quelle temporanee di possesso, amministrazione e godimento, dappoichè questi ultimi diritti non sono esercibili che su quei medesimi beni, ai quali ciascuno dei presunti eredi avrebbe diritto qualora si fosse veramente aperta la successione.

Da queste ragioni ci sembra giustificata anche nel diritto nostro la massima adottata pure da altri autori, oltre a quello che abbiamo sopra citato; cioè che “ procedendo

---

(1) V. sopra, n. 163, p. 612-615.

“ alla divisione, gl'immessi in possesso sono rispettiva-
“ mente in diritto di chiedere il conferimento dei vantaggi
“ fatti dall'assente all'uno od all'altro di loro „ (1).

Accennammo ripetutamente che la divisione, in seguito alla immissione dei presunti eredi nel possesso temporaneo dei beni lasciati dall'assente, dev'essere limitata ai soli effetti appunto del possesso e dell'amministrazione dei beni, e del godimento delle rendite; non può estendersi alla proprietà, che si reputa risiedere tuttora nell'assente. Ma che avverrebbe adunque, se, contrariamente a questa regola, gl'immessi in possesso avessero chiaramente manifestata l'intenzione di fare una vera divisione di proprietà? L'atto sarebbe nullo, come recante disposizione di cose appartenenti ad altri; e tale nullità potrebbe indubbiamente essere proposta dall'assente medesimo che ricomparisse, o da chi lo rappresentasse legittimamente, qualora fosse solamente provata la sua esistenza, o dai veri eredi dell'assente stesso, qualora dalla prova somministrata della morte di lui risultasse che non ne fossero successori coloro che avevano conseguìta l'immissione in possesso temporaneo. Ma non parrebbe che la domanda di nullità potesse promuoversi da alcuni degli stessi condividenti contro gli altri. Vorrebbero essi agire in proprio nome? Non sarebbero ammissibili ad impugnare il fatto proprio; e se agli stessi terzi acquirenti di beni dell'assente illegittimamente alienati come proprii dai possessori, qualora avessero conosciuta tale circostanza, non sarebbe lecito impugnare l'atto di loro acquisto (2), per la stessa, se non per maggiori ragioni, non devono essere ammessi ad impugnare l'atto divisionale coloro che vi hanno preso parte, *in mala fede* indubitabilmente, giacchè non potevano ignorare di dividersi per la proprietà beni sui quali non avevano altri diritti che di semplice possesso, d'amministrazione e di godimento. Agirebbero essi invece

---

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 153, 2, nª 20.
(2) V. sopra, n. 184, p. 799-801.

a nome ed in rappresentanza dell'assente? Ma tale rappresentanza non appartiene più agli uni che agli altri degl'immessi in possesso temporaneo, bensì a tutti insieme; e nel disaccordo tra questi possessori, alcuni dei quali vorrebbero mantenere, altri annullare l'atto divisionale, non si vedrebbe ragione perchè questi ultimi potessero arrogarsi il diritto di rappresentare contro i primi l'assente per ottenere in nome di lui l'annullamento della divisione. Avendo però riguardo all'interesse, che potrebbe esservi per l'assente, di far pronunciare la nullità della illegittima divisione di proprietà, al fine di evitare gli ulteriori passaggi in altre mani, che per opera di alcuni dei condividenti potrebbero compiersi, e i danni che ne sarebbero derivabili per deteriorazioni, che i nuovi acquirenti commettessero sui beni, parrebbe potersi chiedere al tribunale la nomina di un curatore, il quale in rappresentanza dell'assente avesse ad agire contro gl'immessi in possesso temporaneo per far dichiarare la nullità della divisione di proprietà tra essi stabilita.

È chiaro poi che qualora, a senso dell'art. 36, cod. civ., fosse ulteriormente pronunciata la immissione nel possesso definitivo a favore di quegli stessi che avevano ottenuta la immissione temporanea, quali unici eredi dell'assente, reputandosi retroattivamente spettante ad essi la proprietà dei beni lasciati dall'assente medesimo, ne rimarrebbe convalidata la divisione tra essi convenuta, con quel carattere definitivo che avevano inteso di attribuirle, nè potrebbe essere più lecito ad alcuno l'impugnarla; salvi soltanto i diritti esercibili dall'assente, o dai suoi veri eredi, a norma degli art. 39 e 41 del codice civile (1).

Nel numero precedente fu dimostrato come gli effetti degli atti compiuti dagli immessi in possesso temporaneo, durante la loro amministrazione, debbano essere regolati, relativamente all'assente che ricomparisca o di cui sia pro-

---

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 153, nª 2 in fine.

vata l'esistenza, o relativamente a coloro che avuto riguardo al tempo della provata morte dell'assente sia dimostrato esserne i veri eredi, mediante l'applicazione delle norme generali concernenti il mandato.

Gli atti giuridici fatti dagl'immessi in possesso, nei limiti delle facoltà conferite loro dalla legge, dovranno dunque considerarsi come se fossero stati fatti personalmente dall'assente stesso; il quale, come approfitterà dei diritti, così sarà tenuto ad eseguire le obbligazioni nascenti dagli atti o dalle convenzioni stipulate dai possessori provvisionali (arg. art. 1752, cod. civ.).

Parimente le sentenze pronunciate nei giudizi, nei quali gl'immessi in possesso temporaneo abbiano promosse le ragioni dell'assente, a norma dell'art. 28, od abbiano resistito alle azioni intentate da altri, secondo l'art. 35, faranno stato a favore o a danno dell'assente medesimo, e saranno esecutorie contro di lui.

Siccome però in virtù del citato art. 28, combinato col successivo 29 § 2°, è data agli immessi in possesso temporaneo la piena rappresentanza dell'assente per qualsiasi atto relativo al governo del patrimonio di lui, salvochè per quelli che eccedano la semplice amministrazione è richiesta l'autorizzazione giudiziale; così non può essere applicabile la regola risultante dal secondo paragrafo dell'art. 1752, a tenore del quale gli atti giuridici fatti dal mandatario fuori dei limiti del mandato — eccettochè siano stati espressamente o tacitamente ratificati dal mandante — devono considerarsi *come non avvenuti* rispetto al mandante medesimo, a carico del quale non producono alcuna obbligazione, senza che egli abbisogni di farne dichiarare la nullità. Quali che siano gli atti compiuti in nome dell'assente dagl'immessi nel possesso temporaneo dei di lui beni, ancorchè tali atti non siano di semplice amministrazione ordinaria, non possono mai dirsi *eccedenti le facoltà dei possessori*, poichè tali facoltà conferite loro dalla legge si estendono alla rappresentanza dell'assente in qualunque

atto che possa occorrere nella gestione del patrimonio da lui lasciato. Solamente quegli atti possono essere difettosi per inosservanza della formalità abilitante prescritta dall'art. 29 § 2°, se eccedendo essi la semplice amministrazione, non sia stata riportata l'autorizzazione giudiziale; e l'inadempimento di tale forma abilitante non può cagionare *l'inesistenza giuridica*, ma la semplice *annullabilità* dell'atto, mediante la congrua azione esercibile dell'assente, in cui favore quella forma era prescritta, o da chi legittimamente lo rappresenti.

188. — Applicando le regole comuni del mandato anche a ciò che riguarda gli obblighi e la responsabilità degl'immessi in possesso temporaneo, verso l'assente o chi lo rappresenti, è da ritenersi che i possessori, obbligati ad esercitare colla diligenza ordinaria dei buoni padri di famiglia l'amministrazione ad essi commessa dall'art. 28 del codice civile, devono all'assente che ritorni o di cui venga provata l'esistenza, od ai veri eredi di lui, se sono altri, avuto riguardo al tempo in cui si provi essersi verificata la morte dell'assente stesso, rendere conto del loro operato, restituire i beni ricevuti in possesso, o pervenuti in loro mani durante l'amministrazione e in forza di essa, colla parte di rendite riservata all'assente, e risarcire i danni che siano derivati dall'inadempimento dei loro doveri di amministrazione.

La quale responsabilità dei danni sussiste a loro carico, non solamente *pel dolo*, ma anche *per le colpe* commesse nella esecuzione del mandato, sia ommettendo atti che avrebbero dovuto compiere, sia male facendone altri; e deve poi applicarsi con rigore maggiore che quando il mandato sia gratuito, essendo quello di loro ricompensato dal godimento di tutte le rendite od almeno della maggior parte di esse (art. 33, 34, 1745, 1746, 1747, cod. civ.). E siccome nel secondo paragrafo del citato art. 1746 è dichiarato soltanto che " la responsabilità riguardo alla colpa è appli-

" cata, quando il mandato è gratuito, meno rigorosamente
" che nel caso contrario „ senzachè siavi alcuna disposizione speciale per stabilire di qual grado di colpa debba essere responsabile il *mandatario retribuito*, talchè la norma da seguirsi in proposito non può essere che la generale dell'art. 1224, cod. civ., la quale si riferisce alla *diligenza ordinaria d'un buon padre di famiglia;* così anche gl'immessi in possesso temporaneo dei beni dell'assente saranno responsabili se non abbiano usata questa diligenza comune (colpa lieve in astratto), mentre un mandatario gratuito dovrebbe rispondere soltanto di *quella diligenza che solesse usare nelle cose proprie* (*colpa lieve in concreto*).

Tali ci sembrano i principii da seguirsi, ritenendo che la immissione in possesso temporaneo conferisca a coloro che la ottengono un *mandato legale* per amministrare i beni dell'assente, ed avuto riguardo al *non essere gratuita tale gestione.*

Un giureconsulto autorevolissimo ha detto però che
" l'amministrazione affidata ai possessori provvisionali
" partecipa tutt'insieme delle regole del mandato, della
" tutela e della gestione d'affari „; ha osservato d'altra parte che " l'immissione in possesso è pronunciata nel-
" l'interesse principalmente dei presunti eredi dell'assente,
" ai quali perciò non si deve tendere così un tranello „; e ne ha conchiuso che la determinazione della responsabilità dei possessori " è unicamente una questione di fatto, da de-
" cidersi dai magistrati secondo le circostanze di ciascun
" caso particolare „ (1).

Per tal modo ogni regola precisa di diritto in questa materia sarebbe lasciata da parte, sostituendovi un largo potere discretivo da esercitarsi dall'autorità giudiziaria. E che un tale potere debba necessariamente competerle, nell'apprezzare in fatto se i possessori provvisionali abbiano o no usata la debita diligenza di buon padre di famiglia,

---

(1) V. Demolombe, t. II, n. 100, 102.

non è certamente disconoscibile. Ma importa grandemente che sia fermo il principio di diritto, intorno a cui tali indagini di fatto debbano volgersi; e pare a noi non altro poter essere questo principio che quello risultante dall'art. 1746 del nostro codice, corrispondente al 1992 del codice Francese, considerando l'amministrazione affidata ai possessori temporanei sotto l'aspetto d'un *mandato legale, non gratuito.*

Alcuni autori hanno preferito di qualificarlo un *mandato giudiziale retribuito*, perchè i presunti eredi dell'assente hanno bisogno del concorso della giustizia per assumere l'amministrazione dei beni di lui (1). Tale qualificazione è sembrata a noi meno esatta; per la considerazione che se la immissione in possesso dev'essere pronunciata dall'autorità giudiziaria, il potere di amministrare i beni dell'assente è conferito, in seguito a quella immissione, da una disposizione della legge; e perciò abbiamo reputato più vero il dire che si tratti d'un *mandato legale*. Ma, ad ogni modo, ciò non muterebbe nella sostanza la cosa; poichè si tratterebbe sempre di un mandato — o legale o giudiziale che si volesse chiamarlo — di cui dovrebbersi applicare le norme.

Ciò che non crediamo ammissibile è che per l'amministrazione esercitata dagli immessi in possesso temporaneo sia da ricorrersi alle regole della tutela o della gestione di affari; sebbene qualche punto di analogia più o meno lontana possa esservi coll'una e coll'altra. La tutela è una carica pubblica e gratuita, conferita pel solo interesse di un incapace, alla cui protezione si vuol provvedere; il ministero degl'immessi in possesso è invece d'indole affatto privata, dipende dalla libera volontà di chi lo assume, è stabilito per l'interesse principale e diretto di lui, ed è ricompensato col godimento delle rendite. La gestione d'affari è un quasi-contratto risultante dal semplice fatto volontario di chi, senza alcuna sorta di mandato, nè compenso,

(1) V. DURANTON, t. I, n. 487; LAURENT, t. II, n. 169.

assume un negozio altrui; mentre i presunti eredi di un assente non possono di loro autorità porsi in possesso dei beni di lui, ed intraprenderne la gestione, e quando dal pronunziato dell'autorità giudiziaria sono investiti di quel possesso, e in virtù dell'art. 28 del codice civile esercitano l'amministrazione, ne sono largamente rimunerati mediante il benefizio conceduto loro dalla legge di ritenere a proprio profitto la totalità, od almeno la più gran parte delle rendite. Come si può dunque trovare fra tali istituti una così intima analogia da giustificare l'applicazione di regole identiche?

Un altro autore, accettando pel diritto positivo la regola che gl'immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente debbano, nella loro gestione, rispondere della *colpa lieve in astratto*, ha opinato però che " sotto il punto di " vista della teoria una tale massima sia contestabile assai. " Gli autori assomigliano i possessori provvisionali agli " eredi beneficiari; e v'è infatti tra essi una grande ana- " logia. Gli uni e gli altri amministrano ad un tempo nel " proprio interesse e in quello dei terzi; dovrebbero dunque " essere tenuti responsabili dello stesso grado di colpa. " Ora, l'art. 804 (970, cod. It.) dice che l'erede beneficiario " non è tenuto che delle *colpe gravi* nell'amministrazione " di cui è incaricato. Deve dirsi altrettanto degli immessi " in possesso provvisorio? Il legislatore avrebbe dovuto, " tenendo conto della loro posizione speciale, sottoporli ad " una responsabilità meno rigorosa di quella stabilita dal- " l'articolo 1137 (1224, cod. It.), ma non avendolo egli " fatto, dev'essere mantenuta la regola posta da questo " articolo, perchè essa è generale, e dev'essere applicata in " tutti i casi in cui la legge non vi faccia eccezione „ (1).

Conveniamo nella conclusione, ma crediamo che essa neppure discordi dai principii teorici, e che nessuna contraddizione vi sia tra l'imputarsi agli eredi beneficiari le

(1) Laurent, t. II, n. 169.

sole colpe gravi, e il tenersi responsabili gli immessi in possesso temporaneo d'ogni mancamento alla diligenza ordinaria che è propria del buon padre di famiglia. Nelle condizioni degli uni e degli altri non vi è tutta quella somiglianza che si asserisce.

L'erede beneficiario amministra i beni della eredità con obbligo di render conto della sua gestione ai creditori ed ai legatari (art. 969, cod. civ.); ma li amministra *come proprietario* che è di quei beni, quantunque in virtù del benefizio d'inventario ne sia impedita la confusione col patrimonio particolare dell'erede, acciocchè non sia egli tenuto al pagamento dei debiti ereditari e dei legati oltre il valore dei beni a lui pervenuti (art. 968, cod. civ.). È quindi giustificato che come amministratore di beni proprii, quantunque obbligato a render conto della gestione ad altri, l'erede beneficiario sia tenuto responsabile delle sole *colpe gravi*; considerata anche la guarentigia che è offerta dall'interesse ch'egli medesimo ha in questa gestione, rimanendo a suo benefizio ogni sopravanzo che si verifichi dopo pagati i debiti ereditari ed i legati.

Gl'immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente amministrano invece un patrimonio, che giuridicamente è considerato tuttora come appartenente all'assente, quantunque i beni che lo compongono possano eventualmente essere già in proprietà dei possessori stessi, qualora venga a provarsi che dell'assente sia avvenuta la morte; ma quando poi viene in disputa la loro responsabilità, ciò non accade che a fronte dell'assente ricomparso, o di chi si presenta come procuratore o come vero erede di lui, essendo quindi accertato in fatto che gl'immessi in possesso amministrarono veramente beni che non appartenevano a loro. Riguardati come amministratori di beni altrui, è dunque naturale ch'essi siano tenuti responsabili, non solamente pel dolo, ma anche per le colpe commesse nella loro gestione, e non di sole *colpe gravi*, ma d'ogni mancanza alla diligenza comune dei buoni padri di famiglia.

Ritenuta questa norma generale, spetta poi all'autorità giudiziaria il farne applicazione ai singoli casi, apprezzando con potere discretivo le circostanze di fatto, dalle quali risulti se i doveri d'una buona amministrazione ordinaria siano stati o no adempiti.

Si verifica, per esempio, una perdita od una deteriorazione di beni; e l'assente, o chi per lui, ne attribuisce la causa a mancanza delle cure di conservazione che avrebbero dovuto essere usate dai possessori. Il tribunale dovrà esaminare e stabilire in fatto se quelle perdite o quelle deteriorazioni si sarebbero potute evitare con opere di riparazione, e se quelle opere sarebbero state fatte da un amministratore di ordinaria diligenza; e qualora questi due punti siano risoluti affermativamente, incomberà ai possessori l'obbligazione giuridica del risarcimento dei danni. Essi avrebbero indubitabilmente una tale obbligazione, supponendo trattarsi di riparazioni che secondo le norme dimostrate altra volta avessero dovuto essere fatte a loro spese; ma l'avrebbero anche quando le spese avessero invece dovuto ricadere a carico del patrimonio dell'assente; perchè ad ogni modo erano tenuti a provvedere, o coi mezzi patrimoniali che fossero a loro disposizione, o domandando all'uopo le occorrenti autorizzazioni giudiziali (1).

Si verifica una perdita di capitali, perchè, non essendone stata eseguita la riscossione alla scadenza del termine rispettivamente stabilito, i debitori sono divenuti posteriormente insolvibili. Anche qui sarà da esaminarsi se siano stati ommessi dai possessori quei procedimenti che un padre di famiglia di comune diligenza avrebbe praticati per esigere a tempo debito quei capitali; e in tal caso dovranno i possessori medesimi rispondere della sopravvenuta insolvibilità dei debitori (2).

Una responsabilità può pure incombere talvolta agl'im-

(1) V. sopra, n. 181, p. 758, 763-765.
(2) V. Demolombe, t. II, n. 106.

messi in possesso per debiti o crediti propri verso l'assente. Può avvenir ciò pei debiti, perchè l'immesso in possesso è obbligato, nella qualità sua di amministratore, a versare per proprio conto ciò che debba al patrimonio amministrato, alla rispettiva scadenza — *a semetipso exigere debet* — e se non lo faccia, deve poi rispondere del danno che ne derivi all'assente, quanto alla parte di rendita a lui riservata, pel mancato rinvestimento fruttifero del capitale che avrebbe dovuto sborsare. Può avvenir pure altrettanto *pei crediti*, qualora avendo trascurato di rimborsarsi sul patrimonio dell'assente d'un capitale da questo dovutogli, abbia lasciato continuare così la decorrenza di interessi onerosi che su quel capitale fossero stati pattuiti (1).

Anche il mancato impiego o rinvestimento delle somme capitali, per qualunque titolo realizzate nel patrimonio dell'assente, può dar luogo a responsabilità degl'immessi nel possesso temporaneo, pel danno che l'assente ne soffra relativamente alla quota di rendite riservata in suo favore. Non è già che sia da presumersi avere i possessori impiegate a proprio uso quelle somme, e siano quindi da ritenersi decorsi a loro carico gl'interessi legali dal dì della riscossione, a senso dell'articolo 1750 del codice civile. Questa opinione, professata da qualche autore, non potrebb'essere accolta per le ragioni altrove dimostrate; e solo quando fosse provato che i possessori avessero di fatto rivolti a proprio vantaggio i capitali riscossi, si farebbe luogo ad applicare il detto articolo 1750 (2). Ma il solo fatto d'avere ommesso o ritardato l'impiego essendo cagione di danno all'assente, per la minore quantità di rendita a lui riservata che trova accumulata al tempo in cui cessa l'assenza, produce a carico dei possessori l'obbligazione del corrispondente risarcimento, tenuto conto

(1) V. Demolombe, t. II, n. 107.
(2) V. sopra, n. 178, p. 745.

dell'investimento che essi avrebbero potuto procurare di quei capitali, adoperandovi la diligenza ordinaria del buon padre di famiglia.

Supposto che i capitali dell'assente siano stati impiegati dall'immesso in possesso, ma vadano poi perduti per insolvibilità dei debitori, un autore ha insegnato doversi distinguere " se sia stato fatto l'impiego dall'immesso in possesso " in proprio nome..... o nella qualità sua di amministra- " tore per l'assente „ ed ha detto che nella prima ipotesi " il possessore n'è risponsabile in tutti i casi, quand'anche " non siasi verificata da parte sua alcuna imprudenza, " *essendosi per tal modo reso egli stesso mutuatario dei denari* " *dell'assente* „ (1). Dubiteremmo della esattezza di questa spiegazione, ma non dubitiamo menomamente della verità della massima. L'immesso in possesso, che investe per proprio conto, come danaro spettante personalmente a sè, quello che appartiene invece al patrimonio dell'assente, *converte in realtà a proprio uso quella somma;* e verificandosi quindi precisamente il caso contemplato dall'art. 1750 del codice civile, si fa luogo ad applicarne la disposizione, ritenendo dovuti dal possessore stesso all'assente, oltre la somma principale, anche gl'interessi legali dal giorno in cui l'ha così rivolta a proprio vantaggio, qualunque poi possa essere la sorte che quel capitale subisca nelle mani di colui presso il quale l'immesso in possesso l'ha collocato come cosa propria.

Se all'opposto il possessore abbia investito un capitale *a nome dell'assente* — pel che non è indispensabile, come ripetutamente osservammo, che ne sia fatta espressa dichiarazione nell'atto, ma basta l'essersi enunciata l'appartenenza del capitale mutuato al patrimonio dell'assente, e la qualità del mutuante d'immesso nel possesso temporaneo dei beni — il rischio del capitale stesso rimane, di regola generale, intieramente all'assente; ma della perdita può

(1) V. DEMOLOMBE, t. II, n. 109.

eccezionalmente essere responsabile l'immesso in possesso, qualora la perdita medesima sia attribuibile a colpa di lui, secondo la solita norma risultante dalle combinate disposizioni degli articoli 1224, 1746, codice civile.

" La questione dipenderà — come giustamente osserva " l'autore sopra citato — dalle circostanze, dall'importanza " della somma, dal modo d'impiego, dalle cause dell'insolvibilità del debitore, e infine da tutta la condotta dell'im- " messo in possesso, in questa occasione "; la quale condotta sia stata, secondo il prudente apprezzamento del tribunale, o non sia stata conforme a quella che sarebbe stata propria d'un padre di famiglia di comune diligenza. Così, se si tratta d'una somma di lieve entità, impiegata a breve scadenza, sebbene senza cauzione, presso una persona notoriamente reputata solvibilissima, ma che presto cadde nella impotenza di soddisfare i propri impegni per disastri improvvisi; o se le cauzioni stipulate, quantunque fossero idonee al tempo dell'impiego, siano divenute poscia insufficienti per cause imprevedute di casi fortuiti o di forza maggiore; in queste od altre circostanze simili, potrà l'immesso in possesso temporaneo essere ritenuto esente da ogni responsabilità per la perdita del capitale appartenente all'assente. Se in vece fosse stata investita una somma rilevante, contentandosi della semplice obbligazione personale del mutuatario; se la solvibilità di costui fosse notoriamente dubbia; se i beni dati in garanzia fossero manifestamente insufficienti, o se pattuendo un impiego a lungo tempo si fosse stipulata garanzia ipotecaria sovra beni soggetti a facili e prossimi deperimenti, e in altri casi somiglianti, potrebbe l'autorità giudiziaria ritenere che l'immesso in possesso nel fare l'impiego non avesse osservata la prudenza e la diligenza propria d'un buon padre di famiglia, e dichiararlo quindi obbligato a rispondere, verso l'assente o chi per lui, della insolvibilità del debitore.

Le locazioni di beni immobili, quantunque siano atti di semplice amministrazione, in libera facoltà degl'immessi

in possesso temporaneo quando non siano convenute per tempo maggiore di nove anni, possono pure formare oggetto di responsabilità pei possessori provvisionali, qualora per loro negligenza essendo state concedute a prezzo notevolmente inferiore al giusto, l'assente, o chi lo rappresenta, ne rimanga pregiudicato per la parte di rendite a lui riservata; o qualora, essendosi verificate nei beni locati deteriorazioni o perdite, per le quali, a norma dell'art. 1588 del codice civile, sia obbligato il conduttore, non si possa ottenerne da questo il risarcimento, perchè sia insolvibile e gli immessi in possesso non abbiano curato colla debita diligenza di stipulare nel contratto congrue garanzie sufficienti.

Anche la rappresentanza dell'assente in giudizio, sostenuta dagl'immessi in possesso temporaneo, nella qualità di attori o di convenuti, può dar luogo a responsabilità di loro verso l'assente medesimo, o chi lo rappresenti; non solo quando per dolose collusioni gl'interessi dell'assente siano stati pregiudicati, ma quando pure per una semplice colpa, nella quale però non sarebbe incorso un rappresentante di ordinaria diligenza, si fosse ommesso di proporre i mezzi e produrre le prove che avrebbero valso a dare sicuro fondamento all'azione od alla difesa, e da ciò fosse derivata una soccombenza, resa irreparabile dall'autorità della cosa giudicata, che usando la debita diligenza sarebbesi certamente evitata.

La responsabilità degli immessi in possesso si estende anche all'operato di coloro ch'essi abbiano sostituiti a sè stessi nell'amministrare i beni dell'assente. L'articolo 1748 del codice civile stabilisce una simile massima rispetto al mandatario, che abbia sostituito altri nell'incarico *senza averne avuta facoltà* dal mandante. Non vi è motivo per disapplicare questa regola relativamente al mandato legale conferito agl'immessi in possesso; mentre la legge dà loro questo mandato in considerazione della qualità personale di eredi testamentari o di presunti eredi legittimi dell'assente, nè li autorizza a sostituirsi altri.

Essendovi più persone immesse nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, la loro responsabilità per gli atti di amministrazione non dà luogo ad *obbligazione in solido*, ma ad obbligazioni *semplicemente congiunte;* non essendo la solidarietà espressamente dichiarata dalla legge per questo caso (art. 1188, 1749, codice civile).

189. — A proposito delle relazioni tra l'assente dichiarato e gl'immessi in possesso dei beni di lui, gli autori proposero il quesito: se una prescrizione acquisitiva od estintiva, cominciata anteriormente all'immissione in possesso temporaneo, a favore di coloro che l'avessero ottenuto e contro l'assente, od a favore di questo contro quelli, dovesse continuare ad aver corso, o rimanere invece sospesa durante l'amministrazione di quei possessori. E quantunque il codice Francese non avesse alcuna disposizione espressa che valesse a risolvere il dubbio, l'opinione favorevole alla sospensione era però generalmente adottata (1).

In mancanza d'una precisa disposizione di legge, a cui potersi appoggiare, era necessario ricorrere ai principii generali di diritto. Ma essi somministravano argomenti abbastanza sicuri per giustificare la massima predetta nel caso d'una prescrizione che gl'immessi in possesso invocassero contro l'assente. Veramente la regola generale è che " la prescrizione ha luogo contro qualunque persona, " purchè questa non sia contemplata in qualche eccezione " stabilita da una legge ". Così dichiarava espressamente l'art. 2251 del codice Francese; nè d'altra parte le eccezioni possono estendersi da caso a caso, neppure per analogia. Ma qui non trattavasi propriamente di escludere il corso della prescrizione relativamente all'assente, a cui la legge non accordava espressamente questo favore eccezionale: bensì trattavasi di stabilire se il benefizio della pre-

(1) V. Toullier, t. I, n. 429; Duranton, t. I, n. 494; Marcadé, art. 128, § 4, t. I, n. 425; Demolombe, t. II, n. 117, 3°, 118, 119; Aubry e Rau, t. II, § 214, nª 35.

scrizione potesse essere invocato dagli immessi in possesso provvisionale, contro l'assente soggetto alla loro amministrazione. Ora, è principio fondamentale di ragione, che coloro i quali per una loro qualità, o per la natura delle funzioni da essi esercitate, siano personalmente responsabili della non interruzione d'una prescrizione, che corra a danno di persone delle quali essi amministrino i beni, non siano ammissibili a prevalersi di una tale prescrizione compita a proprio profitto, quantunque non possa esser loro opposta una causa di sospensione vera e propria della prescrizione stessa. Obbligati, per la qualità loro ad interrompere qualunque prescrizione corra contro i loro rappresentati, responsabili verso questi pei danni derivabili dal compimento d'ogni prescrizione che abbiano potuto impedire, come sarebbero poi ammissibili a giovarsene essi stessi nel proprio interesse, a danno dei loro amministrati? Vi sarebbe in ciò una contraddizione manifesta.

Maggiori difficoltà però si presentavano quanto a stabilire se reciprocamente dovesse rimanere sospesa durante il possesso temporaneo la prescrizione che corresse a favore dell'assente contro gl'immessi in possesso; perchè in questo caso non era allegabile la ragione predetta, dedotta dagli obblighi dell'amministratore verso l'amministrato. Nondimeno la dottrina si mostrava propensa a ritenere che anche a vantaggio degli immessi nel possesso temporaneo dovesse rimanere sospesa la prescrizione che corresse contro di loro in favore dell'assente. Due ragioni principali se ne adducevano, cioè: 1ª che lo stesso possesso dei beni, tenuto dai presunti eredi dell'assente, valendo di continua protesta contro qualunque prescrizione, dovesse renderne impossibile il corso, come avviene pel creditore che ritiene il pegno; 2ª che la prescrizione non avendo luogo contro l'erede beneficiato riguardo ai crediti di lui verso l'eredità (art. 2258, cod. Franc. = 2119, cod. Ital.) si avesse in ciò un argomento di strettissima analogia per applicare una massima simile anche alla prescrizione che s'invocasse dall'assente

contro gl'immessi in possesso dei suoi beni; perchè " gli " stessi motivi che non permisero di costringere l'erede " beneficiario ad agire, in certo modo, contro se stesso, " ed incontrare così spese che possono essere completa- " mente inutili, sussistono pure con identica efficacia rela- " tivamente agli immessi in possesso provvisionale „ (1).

Veramente potrebbesi dubitare della piena concludenza di queste argomentazioni.

Il credito garantito con pegno non è soggetto a prescrizione finchè il creditore ritiene la cosa pignorata; perchè *il fatto del debitore*, che lascia quella cosa, a titolo di guarentìa pel proprio debito, in mani del creditore, implica un *continuo riconoscimento della esistenza del debito stesso*, e in tale stato di cose il corso della prescrizione riesce impossibile (arg. art. 2248, cod. Franc.; 2129, cod. cit.). Ma vi è forse qualche cosa di simile nel caso dell'immissione in possesso temporaneo dei beni dell'assente? Questi beni non sono lasciati da lui in mani degli eredi presuntivi, ma essi li posseggono in virtù di legge e per tutt'altro effetto che di guarentire i crediti che i possessori stessi abbiano verso l'assente.

Quanto alla disposizione di legge relativa all'erede beneficiato, dato pure che vi si potesse scorgere tutta l'analogia che si assevera nel caso in disputa, si potrebbe obbiettare che l'analogia non è invocabile per estendere disposizioni eccezionali, quale è appunto quella che colla sospensione della prescrizione a favore dell'erede beneficiato, deroga al principio che *la prescrizione ha luogo contro qualunque persona*. D'altronde gl'immessi in possesso non possono allegare una *impossibilità di agire*, che renda applicabile la massima = *Contra non valentem agere non currit praescriptio* =; perchè potrebbero sempre nel loro interesse fare atti interruttivi della prescrizione, promuovendo all'uopo la nomina d'un curatore speciale per agire contro

(1) V. Demolombe, l. c.

di lui come rappresentante l'assente. Perciò, se dovessimo occuparci d'una legislazione nella quale, come nel codice Francese, non vi fosse alcuna disposizione generale che dichiarasse sospeso il corso della prescrizione tra amministrati ed amministratori, ci parrebbe disputabile assai che la prescrizione non corresse a profitto dell'assente contro gl'immessi in possesso dei di lui beni, come certamente non può correre, per la ragione sopra cennata, a vantaggio degli immessi in possesso contro l'assente.

Se non che nel codice nostro vi è appunto una disposizione generale del tenore suddetto; cioè quella dell'art. 2119, § ultimo, così concepita: " Niuna prescrizione corre..... fra " le persone che per legge sono sottoposte all'amministra- " zione altrui, e quelle a cui l'amministrazione è commessa ".

La reciprocità della sospensione d'ogni prescrizione tra amministrati e amministratori, quando si tratti di amministrazione dipendente da disposizione di legge, è dunque stabilita chiarissimamente ed assolutamente, senz'alcuna limitazione; nè può dubitarsi essere compresa in questa disposizione generale anche l'amministrazione dei beni dell'assente esercitata dai suoi presunti eredi immessi nel possesso temporaneo. L'assente è sottoposto, pei beni che ha lasciati, all'amministrazione altrui; quest'amministrazione è commessa ai presunti eredi immessi nel possesso temporaneo; ciò tutto avviene in virtù della disposizione di legge contenuta nell'art. 28 del codice civile: siamo dunque nei precisi termini dell'art. 2119, cod. civ. e l'applicabilità di esso non è contestabile.

D'altronde, se potevansi fare obbiezioni ai motivi addotti dagli autori francesi per stabilire la massima, non appoggiata ad alcuna disposizione testuale di quel codice, che durante l'amministrazione dei possessori provvisionali avesse a rimanere sospesa anche la prescrizione che corresse a vantaggio dell'assente contro i medesimi possessori; nel codice nostro, in cui questa massima è adottata con una disposizione espressa, non mancano sufficienti ragioni

per giustificarla. Non si volle porre un amministratore nella condizione di dover agire contro il proprio amministrato per interrompere a fronte di lui una prescrizione; non si ammise che a favore dell'amministrato potesse considerarsi come tacito riconoscimento del diritto di lui, o come tacito abbandono di ragioni a lui contrarie, la inazione dell'amministratore, la quale forse non è che il frutto d'un delicato riguardo. Oltre di che merita pure qualche considerazione il fatto del possesso, nel quale i presunti eredi sono immessi; chè se esso non può essere assomigliato a quello che un creditore esercita sulla cosa datagli in pegno, d'altro lato però ha per oggetto beni che i presunti eredi riguardano come già esistenti eventualmente in loro proprietà, nel caso che sia avvenuta la morte dell'assente, com'è oramai più probabile; e ciò spiega facilmente la mancanza d'interruzione della prescrizione, senza che si debba ricorrere a quelle presunzioni di tacito riconoscimento del diritto altrui, o di tacito abbandono del diritto proprio, che dànno fondamento alla prescrizione stessa.

Appena occorre avvertire che quanto abbiamo detto in questo numero riguarda unicamente le prescrizioni che siano in corso al tempo della immissione in possesso. Quelle che a tale momento fossero già compiute a favore dell'assente o contro di lui, pel trascorrimento del tempo e col concorso delle altre condizioni stabilite dalla legge, costituirebbero diritti acquisiti, non più modificabili per effetto della posteriore immissione in possesso dei presunti eredi dell'assente.

È chiaro eziandio che la sospensione della prescrizione dipendendo dalla rappresentanza dell'assente, conferita a coloro che sono immessi nel possesso dei beni di lui, deve necessariamente subire i limiti stessi di tale rappresentanza relativamente alle cose che ne formano oggetto. Così, quando sono gli eredi testamentari, o in loro mancanza i presunti eredi legittimi, che hanno ottenuta l'immissione in possesso temporaneo della universalità dei beni lasciati dal-

l'assente, rimane necessariamente sospesa qualsiasi prescrizione che sia in corso tra i predetti eredi e l'assente, poichè dell'intero patrimonio di lui sono essi gli amministratori, e per tutte le sue ragioni attive o passive ne hanno la rappresentanza. Quando invece sono persone aventi su determinati beni dell'assente diritti particolari dipendenti dalla condizione della morte di lui, che vennero ammesse all'esercizio temporaneo di quei diritti, dal momento di tale ammissione si arresta il corso della prescrizione relativamente ad essi; ma — ben s'intende — continuano a correre tutte quelle prescrizioni che riguardino oggetti diversi dai diritti particolari di cui queste persone furono ammesse all'esercizio temporaneo. Suppongasi, per esempio, che all'assente essendo stato lasciato per testamento l'usufrutto di un immobile, ma il diritto al legato essendogli contrastato dall'erede del testatore, e non avendo egli perciò conseguito ancora il possesso di quell'immobile, sia in corso al tempo della dichiarazione d'assenza la prescrizione estintiva del diritto d'usufrutto, o che all'opposto avendo l'assente preteso che il legato fosse di proprietà, ed avendo appunto esercitato il possesso a titolo di proprietà piena, sia stata in corso una prescrizione acquisitiva della proprietà stessa; e suppongasi che, dichiarata l'assenza, il proprietario abbia chiesta ed ottenuta l'ammissione all'esercizio temporaneo di quel diritto di consolidazione dell'usufrutto colla proprietà, che dipenderebbe per lui dalla condizione della morte dell'assente. Durante il possesso temporaneo, rimarrà sospeso nel primo caso il corso della prescrizione estintiva del diritto d'usufrutto, che era cominciato a favore dell'erede proprietario; rimarrà sospeso, nel secondo caso, il corso della prescrizione acquisitiva ch'era cominciato a favore dell'assente; ma continuerà a correre senza sospensione alcuna qualunque altra prescrizione, che relativamente ad oggetti diversi pendesse fra l'assente e la persona ammessa all'esercizio temporaneo di quel particolare diritto. Nè infatti potrebb'esservi ragione

per estendere quella sospensione anche alle altre prescrizioni preaccennate, il corso delle quali può sempre essere interrotto dall'ammesso all'esercizio d'un particolare diritto, agendo contro gl'immessi in possesso temporaneo della universalità dei beni dell'assente, e da costoro agendo contro di lui (1).

190. — Una delle più gravi difficoltà, che si presentano in questa scabrosa materia, consiste nella determinazione dei principii, coll'applicazione dei quali debbano essere regolati gli effetti derivanti rimpetto ai terzi dagli atti che con essi siano stati compiuti dagli immessi nel possesso temporaneo dei beni di un assente.

" Gl'immessi in possesso — così proponeva il quesito " un illustre giureconsulto — devono essere considerati, " rispetto ai terzi, come semplici amministratori dei beni " dell'assente, che non possano agire fuorchè in nome di " lui, e non abbiano altri diritti nè altre obbligazioni che " quelli a lui spettanti? Od al contrario sono da conside- " rarsi come eredi, come proprietari, aventi a questo titolo " diritti ed obbligazioni proprie? „ E l'autore, da prima enunciava come uniche proposizioni certe le due seguenti, cioè: " che se l'assente ricomparisce, od è provato che la " sua morte si verificò in tempo posteriore all' immissione " in possesso, chi la ottenne non sarà stato, neppure in " riguardo ai terzi, che un mandatario, un semplice ammi- " nistratore;

" Se al contrario non si hanno notizie dell'assente, " l'immesso in possesso sarà reputato, relativamente ai " terzi, essere stato personalmente proprietario, dal giorno " stesso della immissione „.

Ma notando poi che tutta la difficoltà risiedeva appunto in questa dubbia alternativa, e domandandosi quale fosse nel frattempo la situazione del possessore, e se a fronte dei

(1) V. Marcadè, l. c.

terzi fosse da considerarsi quale semplice amministratore, o quale proprietario; finiva col dire di non credere possibile una risposta generale ed assoluta su questo punto, e si occupava a discutere molte speciali questioni che proponeva (1).

Sarebbe deplorabile invero quest'asserita impossibilità di stabilire principii fondamentali sicuri, atti a determinare la vera situazione degli immessi in possesso rimpetto ai terzi; e mal si comprende come senza la scorta di tali principii sia poi possibile risolvere le questioni speciali. Ma crediamo che seguendo le teorie generali già dimostrate sopra, circa i caratteri e gli effetti della immissione in possesso temporaneo, e deducendo le conseguenze che logicamente ne derivano, si possa giungere a trovar norme abbastanza chiare e certe per dirimere le difficoltà occorribili relativamente agli effetti degli atti che i possessori abbiano fatti con terze persone.

Secondo un'opinione, gl'immessi in possesso dovrebbero, quanto ai terzi coi quali contrattino, essere considerati come possessori per se stessi ed a titolo di proprietà — *animo domini* — giacchè infatti, nel caso di loro morte i beni dell'assente da essi posseduti seguono la stessa sorte di quelli componenti il loro patrimonio particolare, trasmettendosi tutti insieme ai loro eredi (2). Altri rispose che agli eredi degli immessi in possesso passa l'*amministrazione*, *non la proprietà* dei beni dell'assente; e ciò è tanto vero, che del possesso e dell'amministrazione di quei beni possono essere da un momento all'altro spogliati, sia dall'assente che ritorni, sia da parenti più prossimi, che si presentino (3). Amendue queste teorie hanno un lato di verità; ma nessuna di esse potrebbe, a nostro modo di vedere, essere accettata intieramente e senza riserva. La

(1) V. Demolombe, t. II, n. 134, 135.
(2) V. Merlin, *Rép.*, v° *absent*, art. 120, n. 4.
(3) V. Laurent, t. II, n. 197.

trasmissibilità dei diritti degli immessi in possesso ai loro eredi non significa che sia la proprietà dei beni dell'assente che sia stata acquistata da coloro che ne ottennero l'immissione in possesso, e che da questi passi quindi ai loro eredi. Sui beni dell'assente i possessori hanno quei particolari diritti che loro attribuisce la disposizione dell'art. 28 del codice civile, ed è di questi diritti che si opera la trasmissione per successione ereditaria, senza che sia necessario ammettere per ciò che gl'immessi posseggano *a titolo di proprietà*. Nè un vero diritto attuale e certo di proprietà può essere supposto in loro, dal momento che la legge li considera come semplici possessori ed amministratori, ai quali è inoltre attribuito il godimento totale o parziale, secondo i casi, delle rendite dei beni.

D'altra parte, però, neppure si può affermare che agli eredi degli immessi in possesso passi la *semplice amministrazione*, da esercitarsi in nome e per conto ed interesse dell'assente. Ciò sarebbe veramente conforme alla teoria professata dal *Laurent*, il quale sostenne non doversi considerare gl'immessi in possesso provvisionale che come semplici *amministratori in nome altrui*, senza che competa loro alcun diritto sui beni dell'assente. Ma dimostrammo l'inammissibilità di tale dottrina, specialmente nel diritto nostro, e dimostrammo come agli immessi in possesso siano attribuiti veri diritti proprii sui beni dell'assente; diritti, nell'esercizio dei quali gl'immessi medesimi posseggono quindi in proprio nome (1). Ora, sono appunto questi diritti speciali, dipendenti dalla disposizione dell'art. 28, cod. civ., non che il *diritto eventuale* di proprietà, che ai presunti eredi appartiene pel caso che dell'assente siasi verificata la morte, sebbene non se ne abbia ancora la prova; sono questi diritti, che dagli immessi in possesso passano ai loro successori, anche per espressa disposizione del predetto art. 28. Non è dunque ammissibile che di

(1) V. sopra, n. 137, p. 469-475, n. 163, p. 614, 615.

fronte ai terzi gl'immessi in possesso abbiano sempre a considerarsi come semplici *amministratori per altri*.

Resta pertanto tutta la difficoltà, segnalata dal *Demolombe*, di determinare con precisione la qualità, o di semplici amministratori, o di proprietari, in cui sia da reputarsi che gl'immessi in possesso agiscano nei rapporti con terze persone: difficoltà per altro che crediamo superabile, come annunciammo, qualora si accettino e si applichino le teorie generali già dimostrate circa l'indole, il carattere giuridico e gli effetti della immissione in possesso temporaneo.

Ci parve doversi ritenere che il possesso dei beni dell'assente sia esercitato dai presunti eredi, che ne ottennero l'immissione, in proprio nome e nel proprio interesse, in virtù degli speciali diritti che la legge attribuisce loro su quei beni, com'è disposto nell'art. 28 del codice civile, e in virtù eziandio di quel diritto eventuale di proprietà che hanno sui beni medesimi pel caso che sia già avvenuta la morte dell'assente in tempo tale che la successione non sia devoluta ad altre persone. Così, dicemmo, finchè dura l'assenza, e rimane quindi incerto se l'assente viva ancora o sia morto, gl'immessi nel possesso temporaneo lo esercitano per se stessi, in virtù dei diritti speciali ad essi conferiti dalla legge sui beni dell'assente. Ma quel possesso, per la necessità delle cose, è soggetto ad una trasformazione successiva, secondo il modo in cui venga più tardi risolta la incertezza attuale sull'esistenza dell'assente. E se questi ricomparisce, o viene provata la sua esistenza, o vien provato ch'è morto in tal tempo che altri ne sono gli eredi, il possesso precedentemente esercitato *jure proprio* da coloro che avevano ottenuta l'immissione, assume invece *retroattivamente* il carattere della precarietà, reputandosi tutti in nome dell'assente o di chi per lui tutti gli atti compiuti nel frattempo dai possessori. Se all'opposto vien provata la morte dell'assente, e gl'immessi in possesso ne sono i veri eredi, o se non si ha più notizia alcuna di lui; il

possesso, che fin allora era stato esercitato bensì *jure proprio* dagli immessi, ma in virtù dei soli diritti speciali determinati dall'art. 28 del codice civile, si trasmuta retroattivamente in possesso esercitato *a vero titolo di proprietà* (1).

Da ciò si può dedurre facilmente quali debbano essere, nei diversi tempi, e secondo le diverse circostanze, gli effetti da attribuirsi, rimpetto ai terzi, agli atti che siano stati compiuti dagli immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente. Durante l'assenza quegli atti, purchè sia stata adempita la formalità dell'autorizzazione giudiziale nel caso che eccedano l'amministrazione semplice, hanno piena efficacia come legittimamente compiuti per diritto proprio dai possessori; ma gli effetti di diritti e di obbligazioni nascenti dagli atti medesimi non possono spiegarsi che sui beni lasciati dall'assente, poichè unicamente per ragione dei loro speciali diritti sui beni medesimi hanno agito quei possessori. Cessando poi l'assenza, se l'assente ricomparisce od è provata la sua esistenza, o se, provato il tempo in cui ne avvenne la morte, risulta che altri erano i suoi eredi legittimi o testamentari (art. 34, cod. civ.) verificandosi che coloro dai quali era stata ottenuta l'immissione in possesso temporaneo hanno realmente agito nella semplice qualità di amministratori di beni altrui, è colle regole del mandato che debbono determinarsi gli effetti di diritti ed obbligazioni derivanti dagli atti compiuti dai possessori. Se al contrario non si hanno più notizie dell'assente, o provata la morte di lui, gli immessi in possesso rimangono i veri eredi, trovandosi essi proprietari dei beni lasciati dall'assente fin dal tempo in cui la successione si aprì, e d'altra parte essendo essi succeduti in tutti i diritti e in tutte le obbligazioni del loro autore, gli atti che abbiano fatti durante la loro immissione in possesso temporaneo devono reputarsi fatti per loro conto, e produrre i

---

(1) V. sopra, n. 163, p. 614, 615, n. 180, p. 754-756.

loro effetti di diritti e di obbligazioni a fronte dei terzi coi quali i possessori hanno trattato, vincolando per l'adempimento delle obbligazioni non solo i beni lasciati dall'assente, ma quelli pure che facciano parte del patrimonio personale dei possessori stessi.

191. — I principii richiamati nel numero precedente possono pure giovare alla risoluzione d'una questione importantissima e controversa, riguardante la prescrizione delle azioni che competano all'assente, e siano esercitate dagli immessi nel possesso temporaneo dei di lui beni. Si domanda se le cause di sospensione dipendenti dalle condizioni delle persone contro le quali le prescrizioni siano incominciate — per esempio dalla minorità o dalla interdizione delle persone stesse — debbano regolarsi avendo riguardo alla condizione personale dell'assente medesimo, od a quella dell'immesso in possesso. Molti autori formulano anzi il quesito chiedendo se la prescrizione corra contro l'assente, o contro chi ha ottenuto il possesso dei beni di lui; ma ciò sembra meno esatto. Non si tratta invero di vedere contro chi la prescrizione corra, ma se il corso ne resti in sospeso, e se le cause della sospensione debbano riferirsi alla persona dell'assente od a quella dell'immesso in possesso.

Si comprende che dal risolvere la questione nell'uno piuttosto che nell'altro senso dipendono conseguenze importantissime; poichè se le cause di sospensione si considerano nella persona dell'assente, la prescrizione rimarrà sospesa, per esempio, durante la minorità di lui, quantunque siano maggiorenni tutti gl'immessi nel possesso temporaneo, mentre se quelle cause si considerano nella persona dell'immesso nel possesso temporaneo, la minorità di lui terrà in sospeso la prescrizione, sebbene sia maggiorenne l'assente.

Una prima opinione, ed è la più diffusa, propugna quest'ultimo assunto.

“ La prescrizione delle azioni che si trovano nel patri-
“ monio dell'assente, si regola — dicono questi autori —
“ per tutto il tempo che decorre avanti l'immissione in
“ possesso (e quindi anche nell'intervallo posteriore al co-
“ minciamento della presunzione di assenza) avendo ri-
“ guardo alla condizione personale dell'assente stesso. Ma
“ dopo la immissione in possesso, quella prescrizione deve
“ regolarsi secondo la condizione personale di chi ottenne
“ una tale immissione; cosicchè la prescrizione sarà so-
“ spesa a profitto di lui, se è minorenne, non ostante che
“ l'assente sia maggiore di età, e reciprocamente correrà
“ contro il possessore maggiorenne, non ostante la mino-
“ rità dell'assente „ (1).

I ragionamenti, che conducono a questa conclusione, sono incontestabilmente gravissimi.

La prescrizione d'un bene — così si argomenta — non può correre che contro la persona a cui questo bene appartenga. Ora, chi sia veramente il proprietario dei beni lasciati dall'assente, lo si ignora finchè l'assenza dura; può essere l'assente stesso, se si prova che egli vive; possono essere gl'immessi in possesso, se continua la mancanza di notizie, o se si prova la morte dell'assente. E nel primo caso la questione della prescrizione dovrebbe risolversi avendo riguardo alla condizione personale di lui; nel secondo caso, avendo riguardo alla condizione personale dei presunti eredi posti in possesso dei beni. Così sarà solo più tardi che si saprà contro chi veramente la prescrizione sia corsa, e se quindi sia o no rimasta in sospeso durante la minorità dell'assente o dell'immesso in possesso. Ma come regolarsi nell'intervallo, mentre rimane incerta l'esistenza dell' assente, e incerto perciò se il bene della cui prescrizione si tratta appartenga ancora all'assente stesso,

---

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *absent*, art. 134. n^a^ 2; Delvincourt, l. I, t. V, c. I, n. 134, n^a^ 10; Zachariae, § 154, n^a^ 17; Marcadè, art. 134, § 4, t. I, n. 458; Demolombe, t. II, n. 139; Aubry e Rau, t. I, § 153, n^a^ 27, 28; Pacifici-Mazzoni, *Istit.*, vol. II, 3°, e n. 105, p. 152, n^a^ 4, 153, n^a^ 1.

od appartenga invece agl'immessi nel possesso dei beni di lui? Nel dubbio — dicono questi autori — deve prevalere la *presunzione di morte* dell'assente. La successione di lui è provvisoriamente aperta; quelli che ne sarebbero eredi, supponendo avvenuta la morte dell'assente nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza, si reputano, fino a prova contraria, succeduti nella proprietà dei suoi beni; è dunque contro di loro che la prescrizione deve frattanto reputarsi corsa; è in relazione alle condizioni personali di loro, che dev'essere regolata la sospensione della prescrizione stessa. I presunti eredi si sono fondati sulla presunzione di morte dell'assente per conseguire la immissione in possesso temporaneo; non possono dunque, nemmeno a fronte dei terzi, disconoscere questo ch'è il loro titolo. " Se " pertanto l'immesso in possesso è maggiorenne, egli non " potrà opporre ai terzi la minorità dell'assente, per sostenere che la prescrizione non sia corsa, perchè dovrebbe " provare l'esistenza dell'assente. Se, al contrario, l'im- " messo in possesso è minore di età, o interdetto, i terzi " non potranno prevalersi della maggiorità dell'assente; " perchè avrebbero bisogno, a loro volta, di somministrare " la prova della vita di lui; senza di che la loro pretensione " non avrebbe fondamento ".

Nondimeno questi stessi autori ammettevano che il regolamento della prescrizione nel modo da essi indicato non sarebbe definitivo; che quando più tardi venisse provata la esistenza dell'assente, risultandone che la prescrizione sarebbe realmente corsa contro di lui, si farebbe luogo a correggere ciò che fosse stato pronunciato in relazione alla condizione personale degl'immessi in possesso, ed a dichiarare rimasta in sospeso la prescrizione se l'assente fosse minore, non ostante che i possessori fossero maggiorenni, od al contrario, in caso di maggiorità dell'assente, non ostante la minorità degli immessi in possesso; e che nel giudizio, in cui si risolvesse pel momento la questione di prescrizione avendo riguardo alla condizione personale dei

possessori, si farebbe luogo da una parte e dall'altra alle opportune riserve, ed a chiedere anche ed ottenere dai tribunali congrue garanzie, pel caso in cui, venendo poscia provata la vita dell'assente, fosse da ritenersi rimasta in sospeso, per la minorità di lui, la prescrizione, non ostante la maggiorità dei successori, od all'opposto corsa la prescrizione non ostante la minorità di questi ultimi.

Pensarono altri, in senso contrario, che della esistenza o dell'inesistenza delle cause di sospensione della prescrizione, fosse da giudicarsi avendo riguardo alle condizioni personali dell'assente; perchè la prescrizione concerne veramente lui, non gl'immessi in possesso, i quali sono semplicemente depositari, amministratori, mandatari per lui; perchè i terzi, i quali potrebbero opporre la prescrizione all'assente stesso, s'egli avrebbe personalmente proposta la domanda, devono quindi per la stessa ragione poterla opporre a chi lo rappresenta in qualità di amministratore, di mandatario; e perchè d'altronde sarebbe ingiusto che la posizione dei terzi avesse da cangiarsi pel fatto, ad essi estraneo, dell'assenza della persona contro cui prescrivono (1).

Una terza opinione, concordando colla prima nel ritenere che i terzi, opponenti la prescrizione contro le azioni intentate dagl'immessi in possesso, abbiano diritto ad invocare la presunzione di morte dell'assente, e deducendone la stessa conseguenza, che venendo addotta la sospensione di quella prescrizione, se ne debbano apprezzare le cause in relazione alle condizioni personali, non dell'assente, ma dei possessori temporanei dei beni; istituisce però per la dimostrazione un ragionamento diverso.

" Se l'assente — si dice — è una persona in cui favore
" la prescrizione sarebbe sospesa, una tale sospensione non
" può essere opposta ai terzi, salvo all'assente, se più tardi
" ritorni, di poterla ripresentare; imperocchè l'invocare

---

(1) V. Duranton, t. I, n. 495; Laurent, t. II, n. 189.

“ una causa di sospensione della prescrizione per l'assente,
“ sarebbe reclamare un diritto spettante personalmente ad
“ un individuo di cui non è provata l'esistenza, ciò che è
“ contrario al disposto dell'art. 135 (42, cod. Ital.). Re-
“ ciprocamente poi, se l'assente era persona contro cui la
“ prescrizione correva, mentre l'immesso in possesso è per-
“ sona privilegiata contro la quale non corre prescrizione,
“ questa deve rimanere sospesa a vantaggio del possessore
“ durante l'assenza, perchè *il possessore medesimo agisce*
“ *in proprio nome soltanto*. Però, se sarà provato poscia che
“ l'assente abbia continuato a vivere per un determinato
“ tempo dopo la sua scomparsa, sarà per ciò riconosciuto
“ che la prescrizione non è rimasta sospesa, ed ha conti-
“ nuato a correre fino a questo medesimo tempo „ (1).

I motivi addotti per la seconda delle surriferite opinioni, non ci parrebbero abbastanza fondati. Si afferma che la prescrizione, opposta dal terzo all'azione promossa contro lui dall'immesso in possesso temporaneo, *concerne veramente l'assente*. Ma ciò non è esatto. Il possessore — come disse giustamente il *Valette* — agisce *in proprio nome soltanto* allorchè durante la sua immissione in possesso intenta una azione spettante all'assente; agisce in virtù di quel diritto, che l'art. 28 del nostro codice gli conferisce espressamente, di *promuovere in giudizio tutte le ragioni che del patrimonio dell'assente facciano parte*. Se a quell'azione viene opposta l'*eccezione di prescrizione*, essa dunque *concerne veramente l'immesso in possesso*, che si è reso attore.

Si aggiunge che gl'immessi in possesso sono depositari, semplici amministratori, mandatari per l'assente; e tutti i mezzi che sarebbero opponibili a quest'ultimo possono dunque essere opposti anche agl'immessi in possesso, quali rappresentanti dell'assente stesso. Ma, come dimostrammo, si concede troppo poco agli immessi in possesso ricono-

(1) V. Valette *sur* Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, c. XX, s. III, § 5, p. 289, nª *a*, II.

scendo in loro la semplice qualità di *depositari ed amministratori di beni altrui*. Essi hanno invece sui beni lasciati dall'assente veri diritti proprii, che ottengono mediante questo speciale istituto dell'immissione in possesso (1) ed è uno appunto di codesti diritti ch'essi esercitano nel promuovere in giudizio le ragioni dell'assente; ond'è conseguente poi che gl'immessi in possesso possano talvolta opporre alle eccezioni d'un terzo qualche mezzo dipendente dalle loro condizioni personali, che non potrebb'essere opposto dall'assente, il quale si troverebbe in condizioui diverse.

Si dice, infine, che il fatto dell'assenza non deve cangiare la posizione dei terzi. Ma perchè no, se i terzi si trovano realmente a fronte, non più dell'assente, che s'ignora se esista ancora, ma degl'immessi in possesso, i quali esercitano per diritto proprio le ragioni di lui, essendo essi tuttavia in condizioni personali differenti?

La massima adottata dalla grande maggioranza degli autori ci sembra preferibile; senza che, per altro, reputiamo accettabili tutti i motivi che ne vennero addotti, e che sopra riferimmo.

Innanzi tutto, non può esservi dubbio circa la proposizione premessa da questi autori; che cioè, anche dopo cominciata la presunzione di assenza, e fino a quando non sia stata pronunciata la immissione in possesso temporaneo a favore dei presunti eredi, sulle cause di sospensione della prescrizione, che corra contro azioni spettanti all'assente, sia da giudicarsi avendo riguardo alle condizioni personali di lui. Non sarebbe possibile immaginare che fosse altrimenti.

Dal momento della immissione in possesso, sorge — dicono gli autori stessi — una *presunzione di morte* dell'assente, si fa luogo ad un'*apertura provvisoria della successione* di lui: non si può dunque invocare una sospensione di pre-

---

(1) V. sopra, n. 137, p. 469-475.

scrizione, che dipenderebbe dalla condizione personale di chi si presume che non sia più; e devesi invece avere riguardo alle condizioni personali di coloro che si reputano succeduti all'assente, e che intanto, sebbene in modo provvisorio, esercitano le ragioni spettate già a lui, come passate in loro proprietà. Ora è questa parte di argomentazione, che non potremmo accettare, avendo opinato che la dichiarazione di assenza, e la successiva immissione dei presunti eredi dell'assente nel possesso temporaneo dei beni, non si fondi sopra una presunzione di morte, nè dia luogo ad un aprimento provvisorio di successione (1).

Pensiamo nondimeno che altre considerazioni possano giustificare l'identica conclusione.

In luogo d'una presunzione di morte dell'assente, vi è, anche dopo la dichiarazione giudiziale d'assenza e la immissione dei presunti eredi nel possesso temporaneo dei beni, una semplice incertezza dall'esistenza di lui. In luogo d'una provvisoria apertura di successione, vi è un istituto d'indole specialissima, pel quale ai presunti eredi, sui beni stessi che avrebbero per diritto di successione qualora la morte dell'assente fosse provata, sono attribuiti particolari diritti esercibili temporaneamente finchè l'assenza duri. Ma intanto codesti diritti sono attribuiti *in proprio* a coloro che ottengono la immissione in possesso; ed è in loro nome appunto, non nella qualità di mandatari dell'assente, ch'essi agiscono allorchè — com'è espresso nell'art. 28 del codice civile — *promuovono in giudizio le ragioni* facienti parte del patrimonio dell'assente. È conseguente adunque che agendo *in proprio nome soltanto*, quando contro le loro azioni si eccepisca la prescrizione, essi possano difendersi allegando una sospensione dipendente dalla propria condizione personale; ma non possano addurre invece la condizione personale che sarebbe propria dell'assente, giacchè esercitano bensì un'azione proveniente da lui, ma la esercitano come propria.

---

(1) V. sopra, n. 134, p. 442-445, n. 136, p. 465-468.

Così ci sembra potersi con fondamento sostenere la teoria generalmente professata, senza ricorrere ai concetti, che reputiamo erronei, d'una *presunzione di morte* la quale accompagni la dichiarazione d'assenza, e d'una provvisoria apertura di successione che avvenga in forza della stessa dichiarazione; e senza ricorrere neppure ad un'applicazione — che non parrebbe conveniente al caso — della regola consacrata dall'art. 42 del codice civile; la quale regola — come vedremo a suo luogo — riguarda soltanto i diritti di successione od altri che siansi aperti in favore dell'assente dopo il giorno da cui parte la presunzione di assenza.

Crediamo pure accettabili le riserve che gli autori fanno pel ripristinamento dello stato vero di diritto, qualora venisse a provarsi dopo, che le cause di sospensione della eccepita prescrizione avrebbero dovuto essere giudicate in relazione alle condizioni personali dell'assente, anzichè degl'immessi in possesso temporaneo. Supposto che l'assente ritornasse, o ne giungessero notizie nelle quali si avesse prova della sua esistenza, si verificherebbe in fatto che la prescrizione avrebbe avuto corso contro di lui, non contro i possessori provvisionali; e quindi sarebbe essa rimasta, o no, in sospeso secondo che la persona stessa dell'assente si fosse, o no, trovata in uno dei casi contemplati dall'art. 2120, § 1, codice civile.

Se pertanto essendo, per esempio, maggiore di età l'assente, e minorenne il possessore provvisionale, venisse rigettata per l'applicazione di quell'articolo l'eccezione di prescrizione opposta dal debitore dell'assente, ed il debitore stesso fosse condannato a pagare, egli però avrebbe diritto a chiedere atto della riserva, che facesse, di potere agire per la ripetizione dell'indebito contro l'assente, o chi per lui, se mai egli tornasse, o si provasse che avesse vissuto fino al tempo in cui si compiva la prescrizione. E parimente il possessore provvisionale, che fosse maggiore di età, e contro il quale si dovesse ammettere l'eccezione di prescri-

zione, potrebbe fare riserve, e chiedere anche provvedimenti cauzionali, pel caso che l'assente minorenne ricomparisse.

Simili riserve non sarebbero anzi neppure indispensabili; e indipendentemente da esse potrebbesi agire, venendo il caso, contrariamente a quanto fosse stato ritenuto durante l'immissione in possesso temporaneo. Nè osterebbe la cosa giudicata nella causa vertita cogl'immessi in possesso; non verificandosi l'*identità giuridica delle parti;* dappoichè in quella causa gl'immessi in possesso avrebbero figurato, non come mandatari dell'assente, ma come esercenti un diritto proprio in virtù della disposizione dell'artcolo 28, codice civile.

192. — Com'è dichiarato nell'art. 35 del cod. civile: " Dopo la immissione temporanea nel possesso dei beni, " chiunque ha ragioni da far valere contro l'assente, deve " proporle contro coloro che hanno ottenuta l'immissione " in possesso „. E, secondo le spiegazioni che demmo di questa disposizione, l'immesso in possesso non comparisce in giudizio in questi casi veramente come successore dell'assente — chè un aprimento della successione di lui non può dirsi ancora verificato, neppure in modo provvisorio — ma comparisce in virtù di un diritto proprio e speciale conferitogli dalla legge colla disposizione predetta; pel quale diritto, possedendo temporaneamente ed amministrando l'intiero patrimonio lasciato dall'assente, può pure e deve difenderlo contro le azioni altrui, le quali potrebbero avere per effetto di diminuirlo (1).

È questo, per quanto pare a noi, il concetto fondamentale che deve servire a risolvere parecchie gravi questioni che si presentano intorno alla determinazione dei varii rapporti giuridici esistenti tra i creditori dell'assente, e gl'immessi in possesso dei beni di lui.

La prima di esse è: se chi è immesso nel possesso tem-

---

(1) V. sopra, n. 185, p. 808.

poraneo possa essere tenuto al pagamento dei debiti dello assente anche *ultra vires* del patrimonio lasciato da lui.

Quanto a ciò, la dottrina è concorde veramente nella risoluzione negativa (1), quantunque debba riuscirne difficile la giustificazione, partendo dall'idea, comunemente adottata, che la dichiarazione d'assenza dia luogo ad un *aprimento provvisorio della successione dell'assente*. Ammesso un tale concetto, e poichè l'immesso in possesso, difendendosi contro le ragioni da altre intentate e che spetterebbero passivamente all'assente, si presenterebbe nella qualità, quantunque solo provvisoriamente ritenuta, di successore di lui: parrebbe conseguente che in caso di soccombenza dovesse soddisfare il debito anche coi proprii beni particolari, come lo dovrebbe qualora, essendosi aperta la eredità, l'avesse accettata puramente e semplicemente; ritenuto però che, nel caso della immissione temporanea in possesso riguardandosi come provvisorio soltanto l'aprimento della successione, rimarrebbe salvo il diritto al rimborso qualora l'assente ritornasse, o fosse provata la sua esistenza, o fosse dimostrato che altri ne fossero i veri eredi.

Gli autori infatti, consentendo nella massima, manifestarono differenti opinioni circa i motivi da assegnarsene.

Il *Proudhon* osservava essere impossibile applicare allo immesso in possesso la regola *semel haeres, semper haeres*, potendo egli essere evinto anche dopo la immissione in possesso definitivo; i creditori non poterlo dunque escutere *come erede*, ma semplicemente *come possessore*, e in tale qualità non poter egli essere tenuto *ultra vires;* la massima contraria convertirsi in un tranello teso al possessore, il quale al momento della immissione in possesso assumerebbe un impegno, di cui conoscerebbe la portata solamente dopo la compilazione dell'inventario da formarsi più tardi.

---

(1) V. Proudhon e Valette, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, c. XX, s. III, § 5, p. 290; Demolombe, t. II, n. 136, *B*; Aubry e Rau, t. I, § 153, 3, *i*.

Il *Valette* annotando questo passo, ne confutava le ragioni notando: nessuna relazione esistere tra la massima *semel haeres, semper haeres*, e l'altra che l'erede è tenuto anche *ultra vires* al pagamento dei debiti, poichè anche chi accetta con benefizio d'inventario è erede indelebilmente, e nondimeno non è tenuto al pagamento dei debiti ereditari e dei legati oltre il valore dei beni a lui pervenuti; non sussistere che, coll'obbligare l'immesso in possesso al pagamento dei debiti anche al di là delle forze del patrimonio dell'assente, lo si esponga ad un inganno, perchè assimilandolo all'erede, gli si lascierebbe tuttavia la facoltà di usare del beneficio d'inventario. Ma, combattuti così i motivi addotti dal *Proudhon*, il suo annotatore ne adottava però la massima; allegando che la legge obbliga l'immesso in possesso a fare l'inventario, e compilato questo non si vedrebbe ragione per cui dovesse l'immesso in possesso essere tenuto *ultra vires*, mentre non ne sono tenuti i *successori irregolari*, per lo stesso motivo appunto che debbono fare inventario, e mentre i creditori, avvertiti della domanda d'immissione in possesso mediante la pubblicità, possono vegliare al loro interesse, e chiedere all'autorità giudiziaria i provvedimenti opportuni per la conservazione dei loro diritti (1).

Se non che queste considerazioni non avevano forse un valore maggiore di quelle a cui venivano sostituite. L'inventario è imposto agl'immessi in possesso come cautela a favore dell'assente, per assicurare la conservazione del suo patrimonio, e la restituzione eventuale di tutto quanto lo compone. Non è possibile considerarlo invece come prescritto nell'interesse dei medesimi immessi in possesso e dei creditori dell'assente, per determinare nei rapporti fra loro i limiti entro cui quelli possono essere tenuti verso questi. D'altronde, se il legislatore avesse inteso così, avrebbe dovuto ordinare che l'inventario fosse compilato

(1) V. Valette, *sur* Proudhon, t. I, p. 290, n^a *a*, p. 291, n^a *a*.

prima dell'immissione in possesso, non dopo, come espressamente dispone l'art. 29, § 1°.

Il *Demolombe*, opinando egli pure che l'immesso in possesso sia tenuto pei debiti dell'assente soltanto entro il limite del valore dei beni da questo lasciati, senza bisogno di fare nella cancelleria del tribunale la dichiarazione di non accettare che col beneficio dell'inventario, ragionava nel modo seguente.

Della successione dell'assente non avviene un vero aprimento. La dichiarazione dell'assenza e l'immissione in possesso ne è *una specie d'imitazione, ma solo nei limiti e cogli effetti specialmente determinati dalla legge;* la quale in nessun luogo, neppure implicitamente, obbliga gl'immessi in possesso a pagare i debiti dell'assente *ultra vires* del patrimonio di lui. Anzi, imponendo l'obbligo della formazione dell'inventario, la legge viene piuttosto indirettamente ad ammettere che solo a concorrenza dei beni ivi descritti debbano quei debiti essere soddisfatti. Inotre l'obbligo di pagare i debiti ereditari anche *ultra vires* è una conseguenza della finzione giuridica, che reputa continuata nel successore la personalità del defunto; mentre *non può dirsi che l'immesso in possesso dei beni dell'assente ne continui giuridicamente la persona, ma tutt'al più succede nei beni come il figlio naturale, e gli altri successori irregolari.*

Si scorge da ciò a quali ristretti ed incerti confini siano obbligati a ridurre la pretesa apertura provvisoria della successione dell'assente quei medesimi autori che l'ammettono, e ne fanno fondamento della immissione temporanea in possesso a favore dei presunti eredi. Ma insieme è facile rilevare, che qualora veramente fosse da ritenersi avvenuta l'apertura della successione, per quanto provvisoria ed imperfetta ne' suoi effetti, non si potrebbe negarle questo, che dovrebbe esserne il principale, di dar luogo cioè alla continuazione ed alla rappresentanza, fosse pure temporanea e revocabile della persona dell'assente; dal che dovrebbe dunque seguire che frattanto fossero i presunti eredi tenuti

al pagamento dei debiti dell'assente, come se la successione di lui fosse veramente aperta, salvo ripeter poscia il rimborso nel caso ch'egli ricomparisse, o ne fosse provata la vita, e ne fosse provata la morte avvenuta in tal tempo che il diritto di successione spettasse a persone diverse da quelle che avessero ottenuto il possesso dei beni.

Seguendo invece l'ordine d'idee, che ci parve preferibile a quello d'una supposta apertura provvisoria di successione, la massima che l'immesso in possesso temporaneo sia tenuto dei debiti dell'assente solo per ragione ed a concorrenza dei beni da questo lasciati, ha una giustificazione, a nostro avviso, molto più semplice, più chiara e più sicura. Quel possessore, di fronte ai creditori dell'assente, non viene in veste di rappresentante e continuatore giuridico della persona di lui, ma come avente dalla legge, in virtù di quella istituzione d'indole affatto speciale che è l'immissione in possesso, diritti tassativamente determinanti sui beni formanti parte del patrimonio dell'assente medesimo; e fra gli altri diritti quello, risultante dal disposto dell'articolo 35 cod. civ., di difendere l'integrità del patrimonio stesso contro le azioni che siano intentate da terzi per pretese loro ragioni contro l'assente, e per far valere tali ragioni mediante la garanzia su tutti i beni del debitore, a norma dell'art. 1948, cod. civile. È naturale quindi che, in caso di soccombenza nelle difese, l'immesso in possesso non debba rispondere del soddisfacimento del debito fuorchè sui beni provenuti dall'assente debitore, ed ottenuti in possesso temporaneo.

Vi è un'altra questione, subalterna alla precedente, che il *Valette* formulava nei termini seguenti: “ il creditore “ dell'assente può soltanto esercitare il proprio diritto sui “ beni di quest'ultimo, di modo che l'immesso in possesso “ non possa essere considerato, a fronte del creditore “ stesso, che come semplice amministratore? Ovvero può “ egli, a sua scelta, esercitare le proprie ragioni tanto sul “ patrimonio dell'assente, che su quello del possessore

“ *fino a concorrenza del valore dei beni che l'assente ha*
“ *lasciati?* „

Il *Proudhon* aveva proposto diversamente il dubbio, dimandando *quale fosse la natura dell'azione* proponibile dai creditori dell'assente contro l'immesso in possesso; se cioè una tale azione dovesse considerarsi *personale* ed esercibile contro il possessore come contro un erede ordinario, o *reale*, da potersi volgere soltanto *sui beni* dell'assente, posseduti dal presunto erede. L'autore diceva che l'immesso in possesso *essendo considerato provvisoriamente quale erede*, e rappresentando perciò a titolo universale l'assente, doveva rispondere *personalmente* dei debiti di quest'ultimo, e ciò era pure conforme ai termini nei quali era concepito l'articolo 134 del codice Francese — a cui corrisponde il 35 del codice Italiano — essendovi dichiarato che chi avesse ragioni esercibili *contro l'assente* dovesse proporle *contro coloro che fossero stati messi in possesso dei beni.* E conchiudeva che l'azione del creditore fosse da riguardarsi come *personalis in rem scripta*, quantunque non si estendesse oltre al valore dei beni compresi nella immissione in possesso.

Il *Valette* nelle sue annotazioni professava opinione contraria; osservando che l'art. 134, collo stabilire che le azioni passive contro l'assente dovessero essere esercitate contro gl'immessi in possesso, non pregiudicava in nessun modo la questione dei beni sui quali i creditori potessero agire; che l'art. 125 conferendo ai possessori provvisionali l'amministrazione dei beni dell'assente, li poneva in una situazione identica a quella dell'erede beneficiario (art. 803, cod. Francese = 969, cod. Italiano) ed era quindi giusto che al par di questo anche l'immesso in possesso temporaneo fosse tenuto al pagamento dei debiti sui soli beni della eredità; che sarebbe troppo duro l'assoggettare i possessori provvisori ad essere perseguiti anche sui loro beni particolari, quantunque ammettendoli a liberarsi mediante l'abbandono dei beni dell'assente.

Un altro autore, appoggiando l'opinione del *Valette*, aggiungeva che " altrimenti l'immissione provvisoria di-
" verrebbe causa di molti imbarazzi e difficoltà, rendendosi
" necessarie perizie per determinare il valore dei beni del-
" l'assente, a concorrenza di cui potrebbesi agire dai credi-
" tori sui beni propri dei possessori; e che pertanto era
" più logico e più naturale, dappoichè l'immesso in pos-
" sesso non è tenuto che a concorrenza del valore dei beni
" dell'assente, il limitare l'esercizio dell'azione a questi
" soli „ (1).

Qui pure l'applicazione delle stesse idee che abbiamo richiamate circa la questione precedente ci sembra dover condurre con facilità e certezza a risolvere la questione. Gl'immessi nel possesso temporaneo non sono escussi dai creditori dell'assente per la rappresentanza e continuazione giuridica, che in essi si verifichi, della personalità dell'assente; ma unicamente come possessori ed amministratori dei beni, sui quali la legge ha loro conferiti speciali diritti. Mancherebbe dunque ogni fondamento per ammettere i creditori dell'assente ad esercitare le loro ragioni sui beni particolari dei possessori, ancorchè limitatamente al valore di quelli lasciati dall'assente; ed è su questi ultimi soltanto che le ragioni dei creditori predetti possono essere fatte valere.

Fu chiesto ancora se i debiti dell'assente debbano dividersi tra gl'immessi in possesso, come si dividerebbero tra gli stessi eredi qualora la successione fosse veramente aperta (art. 870, cod. Francese = 1027, cod. Italiano): e fu risposto affermativamente " essendovi una specie di
" apertura provvisoria della successione. La legge chiama
" ciascuno degli eredi od altri successori in ragione della
" rispettiva quota ereditaria, e quindi coi soli diritti ed
" oneri che tale quota comporta. D'altronde si vuole sta-

(1) V. Valette e Proudhon, t. I, p. 292, nª *a*, 293, nª *a*; Demolombe, t. II, n. 136, *c*.

" bilire, possibilmente, quella stessa situazione che diverrà
" definitiva se l'assente non ritornerà. Ora, questo scopo
" non si conseguirebbe, e verrebbe a mancare qualunque
" regola a tale riguardo, se ciascuno degl'immessi in pos-
" sesso potesse essere escusso da ognuno dei creditori pel
" credito rispettivo; e ciò darebbe luogo ad innumerevoli
" ricorsi „ (1). Tutto questo ragionamento si fonda sull'idea d'un provvisorio aprimento di successione. Rimossa questa idea, che non ci sembra accettabile, ciascuno degli immessi in possesso rimane soggetto alle azioni dei creditori dell'assente per ragione ed in corrispondenza dei diritti speciali che la legge attribuisce ad ognuno di quei possessori. Ora tali diritti sono veramente limitati alla quota che ad ognuno dei presunti eredi dell'assente spetterebbe nella eredità di lui, supposto che la successione fosse veramente aperta. Ma d'altra parte le ragioni dei creditori verso l'assente, le quali sono per sè stesse esercibili su tutti i beni mobili ed immobili, presenti e futuri del debitore (art. 1948, cod. civ.) non debbono essere pregiudicate dal possesso temporaneo che di quei beni ottengano i presunti eredi dell'assente, nè dai rapporti intercedenti fra i detti eredi, ai quali rapporti i creditori sono estranei. Per combinare nella loro applicazione codesti principii, ci sembra necessario distinguere l'esercizio dell'azione per far dichiarare a carico del patrimonio lasciato dall'assente, e posseduto dai presunti eredi, l'esistenza del debito, ed ottenere la corrispondente condanna, dal procedimento esecutivo per conseguire l'effettivo pagamento di ciò che è dovuto. Finchè si tratta del giudizio dichiarativo, se questo sia promosso contro alcuni soltanto degli immessi in possesso temporaneo, non potrà certamente essere domandata e pronunciata la loro condanna individuale, se non per la quota in cui ciascuno sarebbe chiamato alla successione ereditaria se questa fosse aperta, e nella quale perciò quei

(1) V. Demolombe, t. II, n. 136, *A*.

presunti eredi sono investiti del possesso provvisionale. Ma ciò che deve accadere normalmente è che le azioni dei creditori siano proposte contro tutti insieme gl'immessi in possesso; affinchè, come amministratori del patrimonio dell'assente, siano condannati al pagamento dell'intiero debito di lui. Quando invece si tratti del procedimento di esecuzione forzata, la cosa è diversa. Finchè il debitore era presente, tutti i beni di lui formando la garanzia comune ed uguale dei suoi creditori (art. 1948, 1949, codice civ.) ognuno di questi poteva agire pel pagamento dell'intero credito rispettivo su qualunque dei beni stessi. Questa condizione di cose può forse essere mutata in danno dei creditori per l'assenza del loro debitore, e pel possesso dei beni suoi dato ai presunti eredi? Può essere mutata per la *divisione di possesso, amministrazione e godimento*, che i presunti eredi abbiano fatta pei rapporti tra loro? Veramente non sembra. La dichiarazione di assenza non è causa, secondo l'opinione nostra, di aprimento neppure provvisorio della successione dell'assente. Dei beni di lui è concesso ai suoi presunti eredi il semplice *possesso*, con alcuni speciali diritti conseguenti, che la legge tassativamente determina. Le ragioni dei creditori, che si volgono *alla proprietà* dei beni del loro debitore assente, devono dunque rimanere inalterate. Nessuna modificazione poi in queste stesse ragioni può produrre certamente la divisione, che sia operata tra gl'immessi in possesso, avendo essa per oggetto soltanto l'amministrazione e il godimento, non la proprietà dei beni dell'assente; ed essendo quella divisione un atto compiuto tra gl'immessi in possesso, ed al quale i creditori dell'assente rimangono estranei. Conseguentemente penseremmo che procedendo esecutivamente i creditori potessero assoggettare alle loro azioni i beni del debitore assente, presso qualunque degl'immessi in possesso li trovassero, senza il limite della quota per la quale il possessore fosse presunto erede, senza riguardo alle divisioni di amministrazione e di godimento che fossero state

fatte; salvo a quello dei possessori che fosse stato così evinto per più della quota che gli spettava, sopra i beni assegnatigli in divisione, di poter agire in via di regresso contro gli altri coeredi presunti, e per garanzia della divisione (arg. art. 1035, 1036, codice civile).

I titoli esecutorii contro l'assente sono parimente esecutorii contro gli eredi di lui posti nel possesso temporaneo dei beni?

Basta proporre la questione per risolverla. Ogni ragione, che i terzi abbiano contro l'assente, continua ad essere esercibile anche dopo dichiarata l'assenza, la quale naturalmente non deve produrre alterazione nei diritti già acquisiti da altri e nei mezzi coi quali possono essere effettuati. Solamente, a norma dell'articolo 35 del codice civile, quelle ragioni, dal giorno in cui è pronunciata l'immissione temporanea nel possesso dei beni dell'assente, debbono essere proposte contro coloro che hanno ottenuta quella immissione. I creditori pertanto, che hanno in mano titoli, in virtù dei quali può aver luogo, a tenore degli art. 553, 554 del codice di procedura civile, l'esecuzione forzata su beni del debitore assente, possono far valere le ragioni dipendenti dai titoli stessi, procedendo sul fondamento di essi contro gl'immessi nel possesso temporaneo dei beni (1).

È applicabile però, anche a favore degl'immessi in possesso, la massima stabilita nell'articolo 560 del codice di procedura civile, che sui titoli esecutivi contro l'autore non può procedersi alla esecuzione contro gli eredi, *se non cinque giorni dopo che siano stati loro notificati?* Lo stesso quesito era proposto dagli autori francesi sull'art. 877 del codice civile Napoleonico, che conteneva una disposizione simile; e quegli autori non esitavano a pronunciarsi affermativamente (2). Vero è ch'essi partivano dal concetto d'un'apertura provvisoria della successione dell'assente dichiarato;

---

(1) V. Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, c. XX, s. III, § 5 in fine.

(2) V. Proudhon, l. c.; Demolombe, t. II, n. 136, *A.*

e ciò rendeva evidente l'applicabilità della massima predetta, stabilita a benefizio degli eredi, per coloro a profitto dei quali reputavasi aperta provvisoriamente la successione a cui erano chiamati. Ma pure escludendo quel concetto, come a noi parve doversi escluderlo, crediamo tuttavia invocabile anche dagl'immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente la disposizione del citato articolo 560 del codice di procedura civile. La ragione del benefizio da essa conceduto sussiste ugualmente in questo caso. Si è voluto impedire che gli eredi del debitore siano colti improvvisamente da un procedimento di esecuzione forzata sul fondamento di un titolo da essi non conosciuto: e in questa identica condizione possono pure trovarsi gl'immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente. Si potrebbe obbiettare che la disposizione riguarda soltanto gli eredi, e se si esclude l'aprimento, almeno provvisorio, della successione dell'assente dichiarato, non potrebbesi dunque far luogo ad applicare quella disposizione in favore degl'immessi in possesso temporaneo dei beni, se non per analogia; la quale però non è invocabile allorchè si tratti di disposizioni eccezionali, com'è appunto quella che contrariamente alla regola della esecuzione parata, a cui dànno luogo i titoli esecutivi, esige che agli eredi siano questi notificati preventivamente, e sia poi trascorso il termine di cinque giorni. L'obbiezione non mancherebbe certo di gravità. Ci sembra, per altro, potersi rispondere; che non vi è veramente necessità di ricorrere all'analogia per applicare la disposizione di cui si tratta anche a favore degli immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, perchè essi pure possono ritenersi compresi nelle stesse letterali espressioni dall'art. 560 predetto. Esso parla in genere degli *eredi*, e tali sono *presuntivamente* anche gl'immessi in possesso, quantunque la successione non possa ancora dirsi neppure provvisoriamente aperta. D'altronde il concetto della disposizione è di non permettere l'esecuzione immediata in danno di chi non essendo il debitore

originario, ma essendo succeduto a quello, può ignorare l'esistenza del titolo esecutivo; e in tale condizione appunto trovansi pure coloro che come eredi presuntivi sono messi in possesso dei beni dell'assente, del quale è incerta la vita o la morte. Può avvenire che tra i creditori dell'assente vi siano gli stessi eredi presunti di lui, i quali domandino ed ottengano la immissione temporanea nel possesso dei beni. E poichè questa non cagiona certamente alcuna confusione del patrimonio dell'assente con quello del possessore, dalla quale possa derivare estinzione dei crediti di quest'ultimo verso il primo (art. 1296, cod. civ.), è indubitabile, che l'immesso in possesso ha il diritto di ottenere il pagamento dei propri crediti verso l'assente sul patrimonio di lui, come l'erede beneficiario ha un simile diritto contro l'eredità (art. 968, cod. civ.). È certo parimenti che, allo scopo di ottenere il pagamento, l'immesso in possesso temporaneo potrebbe valersi del titolo esecutivo contro l'assente, che si trovasse in sue mani e procedere sul fondamento del titolo stesso ad esecuzione forzata. S'intende però che, sia per agire in giudizio dichiarativo, allo scopo di far riconoscere l'esistenza del credito e procurarsene un titolo esecutivo, sia per procedere ad esecuzione forzata valendosi di un titolo esecutivo preesistente, sarebbe necessario fare rappresentare da altri l'assente, non potendolo rappresentare, per opposizione d'interesse, l'immesso in possesso, che è creditore. E qualora non vi fossero altri compossessori, in contraddittorio de' quali potesse agire quello a cui il credito appartiene, sarebbe il caso di ricorrere all'autorità giudiziaria per la nomina di un curatore, contro il quale in rappresentanza dell'assente, volgerebbe poi le sue azioni ed i suoi procedimenti l'immesso in possesso, che vuol far valere le sue ragioni di credito. Una tale istanza potrebbe fondarsi, per analogia, sulla disposizione dell'art. 880 del cod. di proc. civile (1).

(1) V. Demolombe, t. II, n. 107, 108, 136 *B*.

193. — Abbiamo dimostrato prima d'ora che i creditori personali degli eredi testamentari o dei presunti eredi legittimi dell'assente possono in nome dei loro debitori, e in virtù della regola stabilita dall'art. 1234 del cod. civile, domandare al tribunale la immissione nel possesso temporaneo dei beni lasciati dall'assente medesimo (1). Ma quando il possesso sia stato chiesto ed ottenuto dagli aventi diritto, i creditori di costoro hanno ragioni da poter esercitare sui beni compresi nella immissione? È questo un punto che ha dato luogo a discussioni ed a differenze di opinioni tra gli autori: intorno al quale sembra però opportuno, innanzi tutto, rilevare la distinzione tra i diritti spettanti a tenore dell'art. 28 del codice civile sui beni dell'assente agl'immessi in possesso, e che questi trascurassero o rifiutassero di esercitare, e fra i diritti di guarentìa dei loro crediti, che i creditori dei possessori volessero estendere anche sui beni lasciati dall'assente.

Non vi ha dubbio che nel primo caso i creditori dei possessori hanno diritto, in virtù dell'azione surrogatoria consacrata dall'art. 1234, cod. civile, a porsi in luogo dei loro debitori per l'esercizio di quelle ragioni che possono giovare al conseguimento di quanto è loro dovuto. Certamente non è in facoltà di quei creditori l'ingerirsi nell'amministrazione, che i loro debitori esercitino dei beni dell'assente di cui sono in possesso, e pretendere di regolare essi quella gestione nel modo che reputino più proficuo. Ma, per es., i possessori lasciano andare in prescrizione le rendite che avrebbero da riscuotere, spettanti al patrimonio dell'assente, e che in gran parte almeno andrebbero a profitto dei possessori medesimi, ed aumenterebbero quindi le guarentie dei loro creditori; ovvero trascurano o rifiutano di esercitare contro terze persone azioni per rivendicazione di beni, per riscossione di crediti, che integrando il patrimonio dell'assente ridonderebbero quindi eventualmente ad aumento

(1) V. sopra, n. 167, p. 650-657.

di quello dei possessori stessi, migliorando pure le condizioni di sicurezza per chi ha crediti verso di loro. In tali casi non par contestabile che i creditori degl'immessi in possesso temporaneo potrebbero, in nome dei loro debitori, esercitare quelle ragioni che a questi spetterebbe di far valere nella gestione del patrimonio dell'assente. Si opporrà forse che trattandosi dell'amministrazione di un patrimonio altrui, sia essa da considerarsi come *diritto esclusivamente inerente alla persona* a cui quell'amministrazione è conferita, e debba quindi ritenersi eccettuata dall'applicabilità dell'art. 1234, cod. civile? Ma, come già avvertimmo, l'amministrazione conferita agl'immessi in possesso non dipende da un semplice mandato nell'interesse dell'assente, è data anzi principalmente per l'interesse dei possessori medesimi, ai quali eventualmente sarà devoluta la proprietà dei beni se l'assente più non ritorna, e che ne sono forse sin d'ora i veri proprietari, se la morte dell'assente si è già verificata, quantunque non se ne abbia ancora la prova.

Venendo all'altra ipotesi, che i creditori degl'immessi in possesso vogliano estendere anche sui beni dell'assente i diritti di guarentìa, ad essi spettanti sui beni dei loro debitori, può giovare ancora suddistinguere se si tratti della semplice guarentìa generale enunciata nell'art. 1948 del codice civile, o si tratti di guarentìa reale d'ipoteca. Sotto il primo aspetto, la questione si riduce a stabilire se i creditori degl'immessi in possesso possano esercitare i loro diritti anche sui beni compresi in tale immissione. Non è però questione che possa presentare difficoltà. Sono i beni del debitore, che a senso dell'art. 1948, codice civile, formano la guarentìa dei creditori. Ora, i beni dell'assente possono eventualmente appartenere agl'immessi in possesso, qualora venga poscia a provarsi che l'assente sia morto; ma finchè l'esistenza di lui rimane incerta, la proprietà dei suoi beni è considerata giuridicamente come tuttora spettante a lui; ed agl'immessi in possesso temporaneo la legge ne attribuisce soltanto il possesso, l'amministrazione

e il godimento. Per ammettere che i creditori dei possessori potessero esercitare anche su quei beni le ragioni di guarentìa pei loro crediti chirografari, bisognerebbe dunque giungere all'assurdità che taluno colle obbligazioni da lui contratte potesse vincolare anche i beni che possiede come amministratore. È solo colla immissione in possesso definitivo che i presunti eredi conseguiranno diritti simili a quelli di proprietà, sebbene tuttavia revocabili, sui beni che l'assente ha lasciati; ed allora potranno disporne liberamente i possessori (art. 37, cod. civile), e quindi anche i loro creditori potranno esercitare su quei beni le loro ragioni, e farli espropriare per ottenere il pagamento dei loro crediti. Ma durante l'immissione in possesso temporaneo la proprietà dei beni dell'assente rimane in capo a lui, pel caso ch'egli esista ancora, il patrimonio dell'assente si mantiene affatto separato da quello del possessore, e i creditori di quest'ultimo hanno a loro garanzia esclusiva il patrimonio particolare di lui, come i creditori dell'assente hanno a loro guarentìa esclusiva il patrimonio lasciato da questo (1). Maggiori difficoltà presenta invece l'altro aspetto della questione, relativo alle guarentigie ipotecarie, che i creditori degl'immessi in possesso volessero estendere anche sui beni immobili dell'assente. Non parliamo qui dell'ipoteca convenzionale. Pel principio della *specialità*, rigorosamente e saggiamente stabilito nel diritto nostro (art. 1979, codice civile) non è possibile l'ipotesi che un creditore dell'immesso in possesso estenda la propria garanzia ipotecaria ad un bene dell'assente, sul quale il possessore stesso non l'abbia specificamente costituita in suo favore; nel qual caso sarebbero applicabili quelle identiche teorie che già svolgemmo parlando delle alienazioni, che i possessori facessero in proprio nome, dei beni dell'assente (2); poichè ad un'alienazione è infatti paragonabile, quantunque con

---

(1) V. Laurent, t. II, n. 198.
(2) V. sopra, n. 184, p. 794-801.

effetti più limitati, la costituzione d'ipoteca, che può dar luogo eventualmente all'espropriazione forzata, e che richiede perciò le stesse condizioni di capacità nel costituente (art. 1974, cod. civile).

Parliamo dunque delle sole ipoteche legali e delle giudiziali. Anche per esse il legislatore nostro ha tenuto fermo, quanto alla loro attivazione, il principio della specialità, subordinando la loro efficacia rimpetto ai terzi, e come *cause di prelazione*, alla iscrizione nell'uffizio delle ipoteche, ed esigendo poi che nell'atto della iscrizione sia *specificamente designato ogni singolo immobile colpito dall'ipoteca*. Nondimeno vi sono ipoteche legali che comprendono tutti i beni appartenenti ad una persona, almeno in un determinato tempo. Così l'ipoteca legale della moglie, per guarentìa della dote e dei lucri dotali, *ha luogo su tutti i beni che il marito possiede al momento in cui la dote è costituita*; e l'ipoteca legale dello Stato, per la riscossione delle spese di giustizia in materia penale, *ha luogo sopra i beni dei condannati*, senza limitazione, purchè i beni siano capaci d'ipoteca (art. 1969, n. 4, 5° cod. civ.). Parimente l'ipoteca giudiziale ha luogo *sui beni del debitore* (art. 1970, codice civile) non esclusi quelli che siano da lui acquistati dopo la condanna, salvo che l'iscrizione per questi *non può prendersi se non a misura ch'essi pervengano al debitore* (art. 1986, cod. civ.). Ciò che si chiede è, se queste ipoteche legali o giudiziali possano dai creditori essere estese nella loro attivazione anche ai beni di un assente, dei quali il debitore sia stato immesso temporaneamente in possesso. Il marito, od il notaio, nell'iscrizione dell'ipoteca legale della moglie, potrà comprendervi anche i beni che al momento della costituzione della dote siano in possesso del marito come presunto erede d'un assente? L'ipoteca legale dello Stato, per guarentìa dalle spese di giustizia in materia penale, l'ipoteca giudiziale, per le sentenze di condanna in materia civile, potranno essere iscritte anche su beni specificamente indicati nell'atto della notificazione,

che al tempo della condanna siano tenuti dal condannato per solo titolo d'immissione temporanea, o che per tale titolo siano stati da lui assunti in possesso dopo la condanna? Due opposte opinioni si sono manifestate su questo proposito. L'una insegna che " le ipoteche legali " o giudiziali, che gravino sui beni propri degli immessi " in possesso temporaneo, non possono estendersi sui " beni dell'assente „ (1). La ragione che se ne allega è molto, forse troppo, semplice. " Quanto alle ipoteche " legali — si dice — esse non colpiscono che i beni ap" partenenti ai debitori. Ora, può forse dirsi che i beni del" l'assente appartengano agli immessi in possesso? „

Secondo l'opinione contraria " le ipoteche legali o giu" diziali, a cui si trovino soggetti i beni personali degli " immessi in possesso, si estendono, *benchè sotto condizione* " *risolutiva*, anche ai beni dell'assente, e divengono piena" mente efficaci fin dal giorno della scomparsa o delle " ultime notizie di lui, qualora gl'immessi in possesso " restino definitivamente proprietari dei detti beni. Se fino " a quel tempo tali ipoteche non dànno ai creditori il " diritto di espropriare i beni dell'assente, conferiscono " loro almeno quello di prendere iscrizione, e di pro" porre, presentandosene il caso, una domanda *in dichia*" *razione d'ipoteca.*

" Queste sono misure conservatorie, utili ai creditori, e " non dannose all'assente; le quali inoltre sono atte a " prevenire molte frodi possibili da parte degli immessi in " possesso „ (2).

Quantunque però possa apparire più seducente quest'ultima dottrina, crediamo che la prima si conformi meglio alla purezza dei principii di diritto. Il dire che l'estensione della iscrizione ipotecaria sui beni dell'assente, dei quali il debitore sia stato immesso nel possesso temporaneo, non

---

(1) V. Zachariae, t. I, § 156, I, 5°; Laurent, t. II, p. 198.
(2) V. Demolombe, t. II, n. 138; Aubry e Rau, t. I, § 153, nª 11.

è che una semplice misura conservatoria, non dannosa ad alcuno, vantaggiosa pei creditori, non è concludente. Tutto sta a vedere se quest'atto conservatorio della iscrizione sia fatto relativamente a beni i quali giuridicamente possano essere compresi nella ipoteca legale o giudiziale. E quale è il fondamento per sostenere l'affermativa? Unicamente questo: che l'immesso in possesso temporaneo ha pure un diritto eventuale di proprietà sui beni dell'assente, pel caso che la morte di questo venga più tardi provata; e che dunque sotto la stessa eventualità può sussistere il diritto ipotecario a favore dei creditori dell'immesso in possesso. Si suppone anzi implicitamente, pel modo sopra riferito in cui si ragiona, che il possessore abbia sui beni dell'assente *un diritto di proprietà risolubile*, talchè a favore del creditore possa sussistere parimente il diritto d'ipoteca sotto la stessa *condizione risolutiva.* Ma questo modo di considerare la cosa è manifestamente erroneo. È solo quando sia pronunciata l'*immissione in possesso definitivo*, che coloro dai quali essa è ottenuta acquistano sui beni dell'assente diritti paragonabili ad una proprietà soggetta a condizione risolutiva pel caso che l'assente ricomparisca o se ne abbiano notizie. Ma finchè dura l'immissione in possesso temporaneo, i possessori possono in fatto, eventualmente, essere già proprietari dei beni dell'assente, se sia avvenuta la morte di lui, ma in diritto sono frattanto considerati come semplici possessori ed amministratori di quei beni, con diritto di godimento totale o parziale delle rendite; e i beni stessi non possono dunque esser soggetti ad ipoteche le quali abbiano causa dagli immessi in possesso, ma solo ad ipoteche le quali abbiano causa dall'assente.

C

Del godimento delle rendite prodotte dai beni dell'assente.

Sommario. — 194. Motivi generali dell'attribuzione ai possessori provvisionali della totalità o di una parte delle rendite prodotte dai beni del-

l'assente. — 195. Principii adottati dal legislatore italiano per la determinazione della parte di rendita da attribuirsi agli immessi in possesso temporaneo. — 196. Casi nei quali è conceduta ai possessori la totalità delle rendite. — 197. Distinzione dei casi e delle proporzioni diverse in cui è assegnata ai possessori una parte soltanto delle rendite. — 198. Regole comuni a tutti i casi nei quali la totalità od una sola parte delle rendite è data agli immessi in possesso.

194. — Le cure e la responsabilità dell'amministrazione confidata a coloro che ottengono l'immissione temporanea nel possesso di beni dell'assente, e gli obblighi loro imposti di prestar cauzione e di render conto, potrebbero facilmente sconsigliarli dall'assumere quella gestione, se nessun altro vantaggio vi fosse per loro annesso, fuorchè quello di possedere ed amministrare essi medesimi le sostanze delle quali possono sperare di rimanere definitivamente proprietari. Ora, è d'interesse dell'assente, è d'interesse anche generale che l'amministrazione sia affidata, anzichè ad estranei, a coloro i quali sono personalmente interessati alla conservazione ed alla buona gestione dei beni che l'assente stesso ha lasciati. Fu provvido pertanto, sia per meritato compenso alle cure dell'amministrazione, sia come stimolo ad assumerla, l'assegnare a vantaggio dei possessori provvisionali una parte almeno delle rendite che dai beni dell'assente derivino.

Oltre a ciò, era pure da riflettersi che i presunti eredi esercitano il possesso sui beni dell'assente in dipendenza di quei diritti eventuali, che per titolo di successione testamentaria o legittima possono loro competere sui beni medesimi, nel caso che dell'assente siasi verificata la morte. E poichè man mano che si prolunga l'assenza già dichiarata, viene sempre più rafforzandosi la probabilità che la persona scomparsa dall'ultimo suo domicilio o dall'ultima sua residenza, senz'aver più date notizie di sè, abbia veramente cessato di vivere, gl'immessi in possesso veggono pertanto allontanarsi viemaggiormente l'eventualità di dovere un giorno restituire le rendite che percepiscono; essi adattano quindi il loro modo di vivere al nuovo stato

di loro fortuna, e potrebbero poi essere ridotti a rovina qualora dopo un lungo corso d'anni fossero obbligati a restituire il cumulo di tutte quelle rendite che avessero imprevidentemente consumate.

Alle considerazioni di un'equa retribuzione pel carico dell'amministrazione, e di un opportuno eccitamento ad assumerla, aggiungevasi così anche l'altra di proteggere in certo modo la buona fede dei possessori, ed evitar loro un disastro, al quale altrimenti potrebbero facilmente trovarsi esposti.

Di questa riflessione, in sè giusta, un autore reputatissimo esagerò forse la portata, dicendo che l'articolo 127 del codice Francese — dal quale appunto era stabilito, a favore degli immessi in possesso provvisionale, il diritto al godimento delle rendite — fosse da riguardarsi come " fondato principalmente sugli identici motivi che hanno " fatto accordare al *possessore di buona fede* i frutti da lui " percepiti sulla cosa altrui (art. 138, 549, cod. Franc. = " 45, 703, cod. civ. It.). Ecco il vero titolo per l'acquisto " dei frutti. Gl'immessi in possesso provvisionale hanno " posseduti i beni in buona fede, e ne hanno goduti i " frutti; perciò l'art. 127 li tratta effettivamente come pos- " sessori di buona fede „ (1).

Un altro autore censurò aspramente questa idea: " Basta " rammentarsi — egli disse — della definizione che l'ar- " ticolo 550 (701, cod. civ. It.) dà del possessore di buona " fede. Egli è colui che possiede *come proprietario*, in forza " di un *titolo abile a trasferire il dominio*, del quale titolo " *ignora i vizi*. Forsechè gl'immessi in possesso tempo- " raneo posseggono *come proprietari*, mentre la legge dice " che il loro possesso *non è che un deposito* (art. 125)? E " dov'è il *titolo traslativo di proprietà*, in virtù del quale essi " posseggono? Il solo loro titolo è la sentenza che pro- " nuncia la immissione (art. 120). Una sentenza, che con- " ferisce agli immessi in possesso l'amministrazione prov-

---

(1) V. Demolombe, t. II, n. 120.

" visoria, è dunque un titolo traslativo di proprietà? Quante
" controversie e quanti errori si potrebbero evitare atte-
" nendosi al testo della legge! „ (1).

La censura è inappuntabile nella sostanza. È troppo evidente non esistere alcuna analogia tra la situazione di chi possedendo come proprietario in forza di un titolo abile a trasferire il dominio, del quale ignora i vizi, fa proprii, per protezione della buona fede in cui ha posseduto, i frutti che ha percepiti, e la situazione del presunto erede dell'assente, che possiede in virtù d'un titolo giuridicamente perfetto, ma non abile a trasferire il dominio; che sa di possedere beni ritenuti tuttora di proprietà dell'assente e datigli in semplice amministrazione, e che fa proprii i frutti, non per protezione della buona fede in cui siasi trovato ignorando lo stato vero delle cose, ma per uno speciale diritto che la legge gli conferisce come effetto della immissione in possesso da lui ottenuta.

D'altronde però la concessione di tale diritto di godimento delle rendite è giustificata abbastanza dalle altre considerazioni che abbiamo sopra riferite.

195. — Non sono sempre tutte le rendite prodotte dai beni dell'assente, che possano essere ritenute a loro vantaggio dagli immessi in possesso temporaneo; nè quando è soltanto una parte, è dessa determinata in una proporzione costante. Al contrario, le circostanze varie, che possono verificarsi, hanno determinato il legislatore ad attribuire ai possessori una parte di quelle rendite ora più ora meno grande, e talvolta la totalità di esse.

Il codice Napoleonico stabiliva nell'articolo 127 che i possessori provvisionali " non saranno obbligati a restituire
" che *il quinto* dei proventi, se l'assente ritorna prima dei
" 15 anni compiti dopo il giorno della sua assenza; ed *il*
" *decimo* qualora ritorni dopo 15 anni.

---

(1) V. Laurent, t. II, n. 190.

" Trascorsi 30 anni, apparterrà loro la totalità dei pro-
" venti ". E questa disposizione era stata poi ricopiata testualmente nei codici pel Regno delle Due Sicilie (art. 133), Parmense (art. 1060), Estense (art. 58). Unica norma per la determinazione della quota era dunque, secondo quelle legislazioni, *la durata che avesse avuto l'assenza*. Il codice Albertino invece prese in considerazione il duplice elemento, della qualità delle persone immesse nel possesso temporaneo, e della durata dell'assenza. Infatti nell'art. 90 di quel codice era disposto che nel caso di ritorno dell'assente nessuna restituzione di proventi dovesse essergli fatta da coloro che fossero stati posti nel possesso dei di lui beni, qualora gl'immessi fossero gli ascendenti, i discendenti od il coniuge; se fossero *parenti entro il quarto grado*, dovessero restituire il *quarto* dei proventi se il ritorno dell'assente avvenisse prima che fossero compiti 15 *anni* dal giorno dell'assenza, e dopo i 15 anni il *decimo;* se poi fossero parenti in grado più remoto, od estranei, dovessero restituire *la metà dei proventi* nel primo caso, e il quinto nel secondo caso; trascorsi i 30 appartenesse la totalità dei proventi ai possessori quali si fossero. Nel codice Italiano fu preferito il sistema dell'Albertino, spingendo però dal quarto *al sesto* il grado di parentela tra i possessori e l'assente, che dà luogo a non doversi riservare a profitto di lui che una minore porzione di rendita, e variando pure in senso più favorevole agli immessi in possesso la quota dei redditi che possono ritenere a loro profitto, e la condizione di durata dell'assenza.

Ciò risulta dalle disposizioni seguenti:

Art. 30. " Gli ascendenti, i discendenti ed il coniuge,
" immessi nel possesso temporaneo dei beni, ritengono a
" loro profitto la totalità delle rendite.

Art. 31. " Se gl'immessi nel possesso siano *parenti*
" *entro il sesto grado*, debbono riservare *il quinto* delle
" rendite *nei primi dieci anni dal giorno dell'assenza*, e di
" seguito, *sino ai trent'anni, il decimo.*

“ Se siano parenti in grado più remoto, od estranei, “ debbono riservare *il terzo* delle rendite nei primi dieci “ anni, e di seguito, sino ai trent'anni, il sesto.

“ Trascorsi trent'anni, la totalità delle rendite apparterrà in ogni caso agli immessi nel possesso „.

I motivi delle differenze che la legge ha poste tra gli ascendenti, i discendenti e il coniuge da una parte, e dall'altra gli altri parenti, in grado più o meno prossimo, e gli estranei, si rilevano facilmente.

Quando i possessori provvisionali sono estranei o lontani parenti dell'assente, non si presenta altra ragione, per attribuir loro una quota parte delle rendite dei beni che amministrano, fuor di quelle generali che furono dimostrate nel numero precedente. Quando invece sono prossimi parenti, il formare essi parte intima della famiglia dell'assente giustifica che si conceda loro una più larga porzione di dette rendite, acciocchè la incertezza in cui si versa intorno all'esistenza dell'assente stesso non ritardi soverchiamente ai più stretti congiunti l'ottenimento di quella posizione sociale, in cui, qualora l'assente non ricomparisca, sono destinati a trovarsi. Allorchè poi i possessori provvisionali sono di quelli, i quali, se fosse presente la persona a cui quei beni appartengono, parteciperebbero con lei della sua fortuna e vivrebbero nella sua stessa condizione — come si verifica specialmente pei figli, massimamente se minori di età, e pel coniuge — è ragionevole che il fatto dell'assenza non abbia a porli in uno stato deteriore, e che perciò siano loro lasciate a godere tutte le rendite.

196. — Vi sono dunque alcuni casi, nei quali le persone immesse nel possesso temporaneo dei beni dell'assente possono ritenere a loro profitto la totalità delle rendite, e questi casi sono determinati o dalla qualità di quelle persone, o dalla durata dell'assenza.

Pel primo motivo fanno proprie tutte le rendite *gli ascen-*

denti, i discendenti ed il coniuge. Allorchè si discusse il progetto del codice Albertino, fu da prima proposto di limitare questo beneficio *alla moglie ed ai figli* dell'assente; e ciò sarebbe stato veramente più conforme ai motivi esposti nel numero precedente, i quali si riferiscono a coloro soltanto che per essere ordinariamente ed abitualmente conviventi colle persone di cui si è verificata l'assenza, prendevano parte, finchè quella persona trovavasi presente, alle stesse condizioni di agiatezza di lei, e potrebbero trovarsi a disagio per una diminuzione di rendite. Ma essendo stato osservato dal relatore, che, se volevasi ammettere una tale eccezione a favore della moglie e dei figli, convenisse estenderla eziandio ai genitori dell'assente, come meritevoli di pari riguardo, si adottò in ultimo il partito di stabilire tre gradazioni; ponendo nella prima gli ascendenti, i discendenti ed il coniuge, ai quali si attribuissero le rendite per intero, e nelle altre due distribuendo in ragione di prossimità di grado gli altri parenti, cosicchè ai più stretti congiunti fosse conceduta una maggior parte delle rendite (1). Un simile sistema fu pure seguito, come vedemmo, nel codice Italiano.

Pel secondo motivo, cioè per la durata dell'assenza, i possessori provvisionali, senza che si abbia riguardo alla loro qualità personale, e in qualunque grado siano congiunti all'assente, o siano anche estranei, fanno proprie tutte le rendite dei beni da essi amministrati, *quando siano trascorsi trent'anni dal giorno dell'assenza*.

Allorchè è passato un tempo tanto lungo senza che si abbia alcuna notizia dell'assente, la probabilità della morte di lui diviene grandissima. D'altronde non si è reputato conveniente di protrarre di più questa condizione di cose, in cui è vietato ai possessori di erogare intieramente a loro profitto le rendite dei beni, che secondo le maggiori probabilità già appartengono a loro; e in cui sono obbligati a

(1) V. Astengo ed altri, *Cod. civ.*, confr. vol. I, art. 30 e 31, § I, p. 310.

riservare una parte di quelle rendite per restituirle eventualmente all'assente, il quale, se vive, deve imputare a se stesso d'aver trascurato così lungamente di mandare sue notizie.

I trent'anni debbono sempre contarsi *a partire dal giorno in cui l'assenza siasi verificata*, non da quello della immissione in possesso. Ciò riesce evidente dal contesto dell'articolo 31 del nostro codice; il quale comincia dallo stabilire che i possessori provvisionali devono riservare una certa porzione delle rendite *nei primi dieci anni dal giorno dell'assenza*, e di seguito fino ai trent'anni una porzione corrispondente alla sola metà della prima; e soggiunge poi nell'ultimo paragrafo che " *trascorsi trent'anni* la totalità " delle rendite apparterrà in ogni caso agli immessi nel " possesso ". È chiaro dunque che i trent'anni, dei quali si parla nell'ultimo paragrafo, devono contarsi, come i dieci dei quali è detto nei due paragrafi precedenti, *dal giorno dell'assenza*, non dal giorno della immissione in possesso.

Ciò non ostante, rimane ancora un dubbio assai grave; se cioè, nello stabilire il punto di decorrenza del termine di trent'anni, il legislatore abbia inteso di riferirsi *al giorno nel quale è incominciata la presunzione di assenza*, od a *quello in cui l'assenza è stata dichiarata*.

Il codice Francese nell'art. 127 si esprimeva in termini alquanto diversi da quelli del nostro articolo 31. Dopo avere determinata nel primo paragrafo la quota di rendite che i possessori provvisionali erano obbligati a restituire all'assente, secondochè la ricomparsa di lui avvenisse prima o dopo i *quindici anni compiti dal giorno della sua scomparsa*, soggiungeva poi nel secondo paragrafo, che *dopo trent'anni di assenza* la totalità delle rendite apparterrebbe ai possessori. Da ciò argomentavano alcuni autori che mentre, secondo il primo paragrafo dell'articolo, i quindici anni dovevano computarsi *dal giorno della scomparsa*, o da quello delle ultime notizie, i trent'anni, di cui nel secondo

paragrafo, dovessero calcolarsi invece partendo *dalla dichiarazione di assenza* (1).

Nondimeno l'opinione prevalente era che anche i trent'anni, dopo i quali nessuna restituzione di rendite era dovuta all'assente, od a chi per lui, dovessero computarsi sempre dal giorno della sparizione dell'assente o delle ultime sue notizie, e non da quello della dichiarazione (2).

E quest'ultima massima sembra tanto più fondatamente adottabile per noi; dappoichè la disposizione dell'art. 31 del nostro codice non presenta più tra le parti in cui è distinta quella differenza di espressioni che trovavasi tra i due paragrafi dell'art. 127 del codice Francese; in uno dei quali parlavasi di 15 anni compiuti *dal giorno della sparizione dell'assente*, nell'altro di *trent'anni di assenza*. Il nostro articolo parla invece prima di *dieci anni dal giorno dell'assenza*, poi di trent'anni trascorsi, riferendosi così sempre allo stesso punto di decorrenza, cioè al *giorno da cui parte la presunzione di assenza.*

Oltre di che è da riflettere, che quando la legge parla di *assenza* in generale, senza indicare precisamente l'uno piuttostochè l'altro stadio di essa, deve intendersi che si riferisca a qualunque di questi periodi e li abbracci tutti, dal cominciamento del primo di essi, cioè della semplice presunzione di assenza (3). È da riflettere ancora che ha origine dal fatto dell'assenza presunta, non dalla dichiarazione di essa, quella incertezza sulla esistenza dell'assente che protraendosi per lungo tempo, e dando luogo di giorno in giorno a sempre maggiore probabilità ch'egli sia morto, finisce col rendere necessario, anche per proteggere la buona fede dei possessori provvisionali, di non obbligarli

(1) V. Delvincourt, t. I, p. 49, nª 5; Duranton, t. I, nº 496, nª 2; Marcadè, art. 127, § III, t. I, n. 411.

(2) V. Toullier, t. I, n. 432; De Moly, *Traité des absents*, n. 487; Zachariae, t. I, § 155, nª 4; Valette sur Proudhon, t. I, c. XX, s. III, § 5, p. 288, nª *a*; Demolombe, t. II, n. 125; Aubry e Rau, t. I, § 154, nª 2; Laurent, t. II, n. 191, p. 252.

(3) V. sopra, n. 138, p. 476, 477.

a restituire parte alcuna delle rendite che hanno percette. Ritenuta questa massima, riesce inoltre manifesta l'utilità di avere stabilito nell'art. 31, che trascorsi trent'anni dal giorno in cui cominciò l'assenza presunta, appartenga agli immessi in possesso temporaneo la totalità delle rendite; giacchè tra il compimento di quel trentennio, e la immissione in possesso definitivo a tenore dell'art. 36, può ancora passare un intervallo abbastanza lungo; durante il quale, continuando nel possesso temporaneo, coloro che vi furono immessi avranno tuttavia il vantaggio di far proprie tutte quelle rendite. Se all'opposto s'intendesse che il trentennio dovesse decorrere *dalla dichiarazione*, non *dalla presunzione* di assenza, il compimento ne verrebbe a coincidere, o quasi, col trasmutarsi del possesso temporaneo in definitivo (art. 36, cod. civ.). E siccome questo possesso definitivo attribuisce a chi lo consegue diritti simili a quelli della proprietà, quantunque revocabile, dei beni dell'assente (art. 37, cod. civ.), e quindi conferisce senz'altro accessoriamente anche il diritto ai frutti di qualunque specie che da quei beni siano prodotti (art. 444, cod. civ.), così diverrebbe per una tale ipotesi pressochè superfluo il dire che ai possessori debba appartenere la totalità delle rendite.

Nell'ultimo paragrafo del nostro articolo 31 è detto che " trascorsi i trent'anni, la totalità delle rendite apparterrà " in ogni caso agli immessi in possesso „ e queste parole *in ogni caso* sono un'aggiunta fatta dal nostro legislatore alle corrispondenti disposizioni degli articoli 127, codice Franc.; 133, cod. D. S.; 1060, cod. Parm.; 90, cod. Albertino; 58, cod. Est. Con ciò il legislatore stesso volle evidentemente escludere qualunque distinzione possibile, nell'applicazione della regola che stabiliva, così rispetto alla qualità delle persone immesse nel possesso temporaneo, come a riguardo del tempo in cui le rendite siano state percette.

Pertanto, dopo trascorsi i 30 anni dal giorno in cui l'assente cessò di comparire nell'ultimo suo domicilio o nell'ul-

tima sua residenza, o dal giorno delle ultime notizie che si ebbero di lui, i possessori provvisionali quali che essi siano, o parenti dell'assente in qualunque grado, od anche estranei, non possono più essere obbligati a restituire all'assente, od a chi venga a rappresentarlo, parte alcuna delle rendite; sia poi che queste siano state percepite posteriormente al compimento del trentennio, o nel corso di esso ma dopo l'immissione in possesso provvisorio, od anche prima nell'intervallo succeduto alla presunzione di assenza. Quantunque non sia stata pronunciata l'immissione in possesso definitivo, quantunque anzi non facciasi luogo ancora a pronunciarla, perchè non siano passati 30 anni dopo la immissione nel possesso temporaneo, nè 100 anni dalla nascita dell'assente (art. 36, cod. civ.) i possessori provvisionali continuano bensì a possedere come semplici amministratori i beni formanti sostanza capitale del patrimonio dell'assente, e debbono conservarli per restituirli eventualmente all'assente stesso od a chi legittimamente lo rappresenti; ma per ciò che riguarda le rendite, sono liberati da ogni obbligo di restituirle, sono autorizzati dalla legge a ritenerle e volgerle a loro profitto. Come notammo in principio di questo numero, la probabilità tanto accresciuta della morte dell'assente, dopo un trentennio di mancanza d'ogni sua notizia, la buona fede nella quale i possessori possono quindi avere impiegato a loro pro le rendite dei beni da lui lasciati, la rovina a cui potrebbero essere esposti i possessori stessi qualora fossero obbligati a restituire un cumulo tanto considerevole di quelle rendite, l'essere d'altra parte imputabile all'assente, se vive, di aver dato causa a tutto ciò colla sua negligenza nel non dare alcuna notizia di sè; è un complesso di motivi che giustificano abbastanza la concessione agli immessi in possesso di questo beneficio, che li libera da ogni responsabilità per le rendite percepite.

Abbiamo detto che in virtù del disposto dall'art. 31, § 2°, trascorsi i 30 anni dal dì da cui parte la presunzione di assenza, appartengono agli immessi nel possesso tempo-

raneo tutte le rendite prodotte dai beni dell'assente dopo il detto giorno, ancorchè siano state percette *anteriormente all'immissione* stessa, nell'intervallo succeduto al cominciamento della presunzione di assenza, e percette quindi dal procuratore che il presunto assente abbia lasciato, ovvero dall'amministratore che sia stato nominato dal tribunale, a senso dell'articolo 21, cod. civ. Questa proposizione, per altro, potrebbe andar soggetta a qualche dubbio. Uno degli autori, dai quali è accettata la massima che la decorrenza tanto dei 15 anni, che dei 30 anni, dei quali parla l'articolo 127 del codice Francese, debba computarsi sempre dal giorno della *presunzione*, non da quello della *dichiarazione* di assenza, osserva però che " l'epoca della dichiarazione d'assenza debba esser presa in considerazione " *quando si tratti della restituzione de' frutti*, per determinare su quali di essi possano gli immessi in possesso " esercitare i loro diritti ". Tali diritti — egli dice — debbono limitarsi ai frutti *percepiti dai possessori stessi;* quanto agli altri che siano stati percetti dopo lo scomparsa dell'assente, ma prima dell'immissione in possesso dei presunti eredi, costoro non possono avervi alcun diritto, e codesti frutti *fanno parte del capitale*, che dev'essere restituito all'assente qualora ritorni (1). Questa opinione si fonda sulla disposizione, che altra volta ricordammo, dell'art. 126, cod. Franc.; dov'era stabilito che chi ottenesse l'immissione provvisionale in possesso fosse tenuto ad impiegare il prezzo della vendita, che il tribunale avesse ordinata, dei beni mobili dell'assente, *non che i proventi scaduti*. Vedemmo che da quest'ultima parte di tale disposizione alcuni tra i commentatori del codice Francese argomentavano appunto che dunque i proventi prodotti dai beni dell'assente anteriormente all'immissione dei presunti eredi di lui nel possesso provvisionale, fossero da considerarsi come *sostanza capitale* accessoria, formante parte

(1) V. Laurent, t. II, n. 192.

integrante del patrimonio dell'assente, e sulla quale gli immessi in possesso non avessero che a lucrare gl'interessi che fossero prodotti dal capitale stesso. Ma dimostrammo pure le ragioni per le quali ci è sembrato che secondo il codice nostro — il quale anche in questa parte ha disposizioni non del tutto simili a quelle del codice Francese — sia da ritenersi che " gl'immessi in possesso temporaneo " abbiano diritto, non solo a percepire le rendite che i beni " dell'assente produrranno dopo tale immissione, ma " eziandio a ricevere quelle che siano state percette anteriormente, cominciando dal primo giorno dell'assenza " presunta; e le une e le altre facciano proprie, col solo " obbligo di riservarne ed eventualmente restituirne in alcuni " casi all'assente una quota parte diversa, secondo il grado " della parentela loro, e secondo il tempo pel quale l'assenza abbia durato, partendo dal giorno in cui cominciò " ad essere presunta " (1). Ora, se questa nostra opinione non è erronea, ne segue evidente la giustificazione della proposizione già accennata nel luogo stesso sopra ricordato, e che qui abbiamo riaffermata; che cioè nel caso contemplato nell'ultimo paragrafo dell'art. 31 del nostro codice gl'immessi in possesso temporaneo hanno diritto alla totalità delle rendite prodotte dai beni dell'assente, ancorchè percette durante l'intervallo tra il cominciamento della presunzione di assenza e la stessa immissione in possesso.

I due casi sin qui dimostrati sono i soli, nei quali, *durante il possesso temporaneo*, possa spettare ai possessori la totalità delle rendite.

Può avvenire però che anche prima del compimento del trentennio cessi nei possessori ogni obbligo di restituzione delle rendite; qualora essendo trascorsi cento anni dalla nascita dell'assente, e le ultime notizie di lui risalendo almeno a tre anni addietro, il tribunale abbia pronunziata *la immissione in possesso definitivo*, a senso dell'art. 36 del

(1) V. sopra, n. 171, p. 702-709.

codice civile (1). Già lo notammo sopra: spettando a chi ottenne una tale immissione diritti simili a quelli di proprietà sui beni dell'assente, sebbene subordinatamente alla revocabilità pel caso che l'assente ritorni, o sia provata la sua esistenza (art. 37, 39, cod. civ.), dovendo perciò ricevere congrua applicazione il principio che i frutti appartengono per diritto di accessione al proprietario, della cosa che li produce (art. 444, cod. civ.), e la eventuale revocazione pel ritorno o per le notizie dell'assente non avendo effetto che per l'avvenire (art. 39, cod. civ.) è fuori di dubbio che le rendite prodotte dai beni anteriormente allo avvenimento che dà luogo a tale revocazione, rimangono proprie dei possessori, i quali non hanno quindi relativamente ad esse alcun obbligo di restituzione all'assente od a chi per lui. Ma il solo fatto che fossero compiti i cento anni dalla nascita dell'assente, finchè l'immissione in possesso definitivo non fosse stata chiesta ed ottenuta, a termini del citato articolo 36, non darebbe luogo a potersi dagl'immessi in possesso temporaneo ritenere la totalità delle rendite dei beni dell'assente, qualora non fossero anche trascorsi trent'anni dal giorno in cui avesse cominciato la presunzione di assenza.

197. — Quando l'assenza non sia stata continuata per oltre trent'anni, contando dal giorno da cui parte la presunzione di essa, nè le persone immesse nel possesso temporaneo siano i figli o discendenti, o gli ascendenti od il coniuge dell'assente, non appartiene incommutabilmente a queste persone che una parte sola delle rendite; dovendo l'altra parte essere riservata per l'assente, s'egli ritorni entro il trentennio o ne sia provata l'esistenza, ovvero per quelli che dimostrino di essere i suoi veri eredi in relazione al tempo in cui si provi essere avvenuta la morte dell'assente medesimo.

---

(1) V. Demolombe, t. II, n. 126.

Il testo del codice, nei citati articoli 30 e 31, dice che i possessori debbono *riservare* una quota delle rendite, *ritenendo a loro* profitto la parte rimanente, che in ogni caso è sempre assai maggiore. Quelle espressioni corrispondono ad un concetto, che non è senza importanza rilevare; ed è il seguente. Il legislatore non ha inteso di ripartire tra gl'immessi in possesso e l'assente le rendite nelle proporzioni stabilite dall'art. 31, in guisa che di una parte di esse abbia da ritenersi definitivamente spettante la proprietà all'assente, ad esclusione degl'immessi in possesso. Tanto è ciò vero, che dopo trascorsi trent'anni dal cominciamento dell'assenza presunta tutte le rendite percette durante l'assenza, ancorchè prima dell'immissione in possesso, *appartengono ai possessori*, com'è dichiarato nell'ultimo paragrafo di detto articolo 31. Ciò che volle il legislatore fu solo di negare ai possessori la facoltà di *ritenere e volgere a loro profitto* una determinata minore porzione delle rendite; obbligandoli invece a *riservarle* — come si esprime il testo — cioè tenerle a disposizione per restituirle eventualmente all'assente, od a chi legittimamente lo rappresenti, a norma dei successivi articoli 33 e 34.

La quota di *rendite da riservarsi*, come sopra si disse, è diversa secondo il tempo di durata dell'assenza, e secondo la qualità delle persone immesse in possesso. La proporzione massima è stabilita pel tempo che corre dal giorno in cui l'assente ha cessato di comparire nell'ultimo suo domicilio o nell'ultima sua residenza, o nel quale ha date le ultime sue notizie, fino a dieci anni compiuti da quel giorno. Dopo, e fino al compimento dei trent'anni, la quota da riservarsi si riduce alla metà.

La quota nel primo decennio è di un quinto, se gl'immessi in possesso siano parenti dell'assente in linea collaterale fino al sesto grado inclusivamente; è invece di un terzo, qualora si tratti di parenti in grado più remoto, o di estranei. Pel tempo poi che corre dal compimento del primo decennio fino ai trent'anni di assenza, le quote riducen-

dosi alla metà, i possessori devono quindi riservare un decimo se siano parenti entro il sesto grado, un sesto se siano parenti più lontani od estranei.

Da ciò risultano alcune importanti modificazioni apportate dal codice nostro alle disposizioni del codice Francese e di quelli d'Italia che precedettero l'attuale. Essi stabilivano che i possessori provvisionali dovessero restituire all'assente, od a chi per lui, " il quinto dei proventi se egli " ritornasse prima di 15 anni compiuti dopo il giorno della " sua essenza, od il decimo qualora ritornasse dopo quin- " dici „ ma entro 30 anni; trascorsi i quali appartenesse ai possessori la totalità delle rendite.

Il codice Italiano abbreviò la durata di quel primo periodo, riducendolo da quindici anni a dieci soltanto, per uniformarsi — come si disse — alla massima adottata di abbreviare in materia di assenza i termini, in considerazione delle mutate condizioni dei tempi e delle comunicazioni rese più frequenti, più facili, più rapide. Accolse il sistema introdotto dal codice Albertino, di distinguere gli estranei ed i lontani parenti dai congiunti più prossimi: ma mentre il detto codice considerava come tali solamente quelli entro il quarto grado, il codice attuale largheggiò maggiormente estendendo la sua disposizione fino al sesto grado. Favorì l'assente più di quanto facessero il codice Francese, quello delle Due Sicilie, il Parmense e l'Estense, ammettendo che fosse in qualche caso riservato a favore di lui fino ad *un terzo* delle rendite, mentre secondo quei codici il massimo che gli fosse riservato era *un quinto:* ma lo favorì meno del codice Albertino, che, quando il possesso fosse dato ad estranei od a lontani parenti, li obbligava a restituire *la metà* dei proventi, se l'assente ritornasse entro quindici anni.

Il confronto tra l'art. 31 del nostro codice e le corrispondenti disposizioni dei codici anteriori lascia però luogo a dubitare se in un altro punto importante abbia quello fatta innovazione. Il codice Francese ed altri avendo

disposto, come riferimmo, che gl'immessi in possesso fossero obbligati a restituire *il quinto dei proventi se l'assente ritornasse entro* 15 *anni, il decimo qualora ritornasse dopo tale periodo*, era ammesso dalla dottrina che compiuti 15 anni i possessori dovessero restituire *un solo decimo di tutte le rendite*, non eccettuando neppur quelle che fossero state percette nel corso del quindennio (1). “ Tale è — diceva il “ Demolombe — la disposizione dell'articolo 127; la quale, “ una volta compiti 15 anni dalla scomparsa dell'assente, “ non assoggetta gl'immessi in possesso che a dover restituire *la decima parte dei frutti;* che è quanto dire, “ adunque, di tutti i frutti, anche di quelli percepiti prima “ che il quindennio spirasse. Non varrebbe obbiettare che “ i possessori hanno dovuto riservare durante il primo periodo un quinto, e durante il secondo un decimo dei “ frutti, e questi frutti, così riservati all'assente, facendo “ parte del patrimonio di lui, debbono in tutti i casi essergli restituiti. La legge non ha proceduto, in materia di “ restituzione di frutti, con una logica così rigorosa „. E l'autore citava l'esempio della *prescrizione quinquennale* secondo l'art. 2277, cod. Franc. (2144, cod. It.) e soggiungeva che “ qui vi è lo stesso pensiero, la stessa amnistia. “ Infine, l'assente che ritorna così tardi, non ha ragione “ di lagnarsi, sopratutto quando trova intatto il fondo, il “ capitale della sua fortuna „.

Veramente la disposizione del codice Italiano è concepita in modo diverso da quello del Francese; e non dice che gl'immessi in possesso *debbano restituire il quinto od il decimo delle rendite, secondochè l'assente ritorni entro* 10 *anni o dopo;* ma dice invece ch'essi debbono *riservare* il quinto nel primo decennio, il decimo nel successivo ventennio, per farne restituzione a norma degli altri articoli 33 e 34. Così colle sue stesse espressioni il nostro legislatore ha dato, può dirsi, un considerevole appoggio a quelle obbiezioni

(1) V. Demolombe, t. II, n. 124; Aubry e Rau, t. I, § 154.

appunto che potevano farsi alla dottrina degli autori francesi, e che da essi medesimi erano segnalate. Le rendite, che devono essere *riservate per l'assente* in proporzioni diverse nel primo decennio e nel seguente ventennio, non rimangono proprie dell'assente stesso nel caso ch'egli ritorni o dia sue notizie, proprie dei suoi veri eredi, se sia morto in tal tempo che non abbiano a succedergli le stesse persone ch'erano state immesse in possesso? E se quelle rendite *appartengono a lui*, se gl'immessi in possesso debbono *riservarle per lui*, perchè dunque le prime non dovranno essergli restituite integralmente come le seconde, ma dovranno essere ridotte sulla stessa proporzione di queste ultime? Tali erano le considerazioni, che nella prima edizione di questo lavoro c'indussero a ritenere essersi dal codice Italiano adottata una massima opposta a quella professata dalla dottrina francese. Una più matura riflessione ci ha fatto però dubitare d'esserci ingannati. Non bisogna attribuire una soverchia importanza a quelle frasi dell'articolo 31, in cui si dice doversi dagl'immessi in possesso riservare, secondo i casi, un quinto o un terzo delle rendite nel primo decennio di assenza, un decimo od un sesto nel successivo ventennio. Queste espressioni non implicano necessariamente che ciascuna di quelle quote debba rimanere separatamente riservata per l'assente, nel caso di ritorno, fino a che siano trascorsi i trent'anni dal giorno dell'assenza; ma significano soltanto che il quinto od il terzo dev'essere riservato durante il decennio, per essere restituito all'assente *qualora ritorni in quel periodo di tempo*, e di seguito fino ai trent'anni dev'essergli riservato il decimo od il sesto di tutte le rendite. Infatti, se il legislatore ha reputato di non dover riservare che il decimo delle rendite a favore dell'assente che per più di dieci anni non abbia dato notizie di sè, quale ragione poi vi sarebbe per riservargliene il quinto sulle rendite del primo decennio quando fosse rimasto assente per lunghissimo tempo fino quasi al trentennio? L'argomento apparentemente più forte, che si

dedurrebbe dall'esistenza d'un diritto acquisito in favore dell'assente a quella quota di rendite che la legge gli riserva pel primo decennio, supporrebbe un'assegnazione distinta della proprietà delle rendite prodotte dal patrimonio dell'assente, in pro di lui e degl'immessi in possesso temporaneo, rispettivamente, secondo le proporzioni determinate dall'art. 31. Ma, come avvertimmo in principio di questo numero, la legge non assegna definitivamente in proprietà all'assente la quota di rendite per lui stabilita nel detto articolo 31, ma *gliele riserva* pel caso ch'egli ricomparisca o sia provata la sua esistenza prima che si compia il periodo di tempo stabilito, dal giorno in cui cominciò l'assenza presunta. Rimane dunque *in sospeso* l'attribuzione di quella quota di rendite all'assente, sotto la condizione ch'egli ritorni entro il decennio; se ciò non si avveri, il suo diritto vien limitato alla metà della quota, subordinatamente di nuovo alla condizione che l'assente ricomparisca dentro il trentennio dal giorno dell'assenza, e trascorso anche questo ultimo periodo, ogni diritto a restituzione di rendite è per l'assente perduto. Così ci sembra pertanto potersi interpretare la intenzione del legislatore nella disposizione dell'art. 31, recedendo dall'opinione che precedentemente avevamo abbracciata.

Le medesime idee giovano pure alla risoluzione di un altro dubbio, che potrebbesi presentare. Delle rendite riservate dall'art. 31 a profitto dell'assente, gl'immessi in possesso temporaneo saranno tenuti a farne impiego, e saranno quindi responsabili anche degli interessi, che quelle rendite capitalizzate avrebbero potuto produrre? Ciò sasebbe concepibile qualora le rendite stesse fossero da ritenersi definitivamente assegnate in proprietà all'assente. Ma poichè invece i possessori dei beni debbono semplicemente tenerle a disposizione per farne eventualmente la restituzione all'assente, od a chi lo rappresenti, s'egli ritorni, o ne venga provata l'esistenza, o venga provato che ne sia avvenuta la morte in tempo nel quale altri ne siano gli

eredi, è chiaro dunque che l'obbligo dell'impiego non può sussistere. D'altronde il quesito venne esplicitamente affrontato allorchè fu presentato il progetto del codice; e fu dichiarato non volersi imporre agl'immessi in possesso temporaneo nessun obbligo d'impiego della quota di rendite riservata a vantaggio dell'assente, perchè sarebbero mancati i mezzi coi quali assicurarsi che la disposizione venisse eseguita, e perchè prescrivendo all'uopo speciali cautele si sarebbero occasionate spese, le quali ricadendo a carico del patrimonio dell'assente, diminuirebbero il beneficio dell'investimento (1).

198. — Sia che ai possessori temporanei appartenga la totalità delle rendite, sia che abbiano soltanto diritto ad una parte più o meno grande di esse, i rapporti tra quei possessori, e l'assente o chi lo rappresenta, sono soggetti ad alcune norme, comuni egualmente per tutti quei casi.

La prima di tali norme è, che il fatto, dal quale dipende l'appropriazione delle rendite a vantaggio dei possessori provvisionali a norma di legge, consiste *nella percezione delle rendite stesse;* senza il qual fatto pertanto queste non vengono acquistate dai possessori, ancorchè a produrle abbiano concorso l'opera di costoro e le spese da essi sostenute; ma rimangono a benefizio dell'assente o dei suoi veri eredi al cessare della immissione in possesso.

Ciò risulta infatti anche dal testo medesimo degli art. 30 e 31, laddove dicono che certi possessori *ritengono* a loro profitto le rendite tutte, e che certi altri devono *riservarne* una determinata parte, per restituirla eventualmente allo assente, od a chi per lui; giacchè non si può *ritenere* o *riservare*, se non ciò che già siasi percetto, che già si possieda. Nè potrebb'essere il caso di applicare la distinzione, che si fa quanto all'usufrutto, tra i frutti naturali ed i civili. I primi appartengono all'usufruttuario soltanto in ragione

(1) V. Astengo ed altri, *Cod. civ. confr.*, art. 30, 31, § 5, art. 1, p. 314.

della loro percezione, della loro separazione dalla cosa che li produsse (art. 480, cod. civ.); mentre i secondi gli appartengono in proporzione della durata dell'usufrutto, e ritenendoli acquistati *giorno per giorno*, senza considerare il fatto della percezione (art. 481, cod. civ.). Ma invece nè i frutti naturali nè i civili vengono acquistati dagl'immessi in possesso temporaneo, o totalmente o in quella quota che secondo i casi è determinata dalla legge, se non *mediante la percezione*. Col testo della legge, da cui questa massima risulta già, come notammo, abbastanza chiaramente, concorrono a confermarla anche i motivi della legge stessa; poichè solamente per quelle rendite, delle quali i possessori provvisionali abbiano avuto effettivamente il possesso, si può allegare che diverrebbe grave, lesivo della buona fede, e talora rovinoso il costringere i possessori medesimi a farne la restituzione quando sopraggiungesse improvviso il ritorno o la notizia dell'assente. D'altra parte, i frutti o le rendite che siano maturati o prossimi alla percezione allorchè vien pronunciata la immissione in possesso, sono o possono essere, da coloro che la ottengono, immediatamente percetti e fatti proprii in tutto od in parte, secondo le regole degli articoli 30 e 31; i quali, nell'attribuire ai possessori quelle rendite, non hanno riguardo a quando ne venga fatta la percezione, nè distinguono se essa accada in tempo più o meno prossimo alla immissione in possesso. È dunque conforme ad una giusta reciprocità che parimente i frutti pendenti o le rendite che si trovino prossime ad essere percette al tempo in cui cessi la immissione temporanea in possesso, debbano appartenere esclusivamente a chi riprende i beni stessi come proprietario, ed ha quindi accessoriamente diritto anche ai frutti. Si obbietterà poter avvenire in tal modo che i possessori perdano le spese e l'opera da essi impiegate per ottenere la produzione di quei frutti? Ma quanto alle spese, sembra che essendo esse di amministrazione, potrebbero venir portate al passivo nel conto da rendersi all'assente od ai suoi

rappresentanti, per essere detratte dalla somma complessiva delle rendite delle quali una parte dovesse ad essi restituirsi; e ad ogni modo, di quanto abbiano fatto per ottenere frutti, che poi rimangano totalmente all'assente, i possessori avrebbero compenso nel godimento avuto dei frutti che fossero stati pendenti al tempo della immissione in possesso, le cui spese di produzione non erano state sostenute da essi. Nella situazione degl'immessi in possesso *vi è qualche cosa di aleatorio* — ha detto un autore —: se non che è un'alea che sta in favor loro, assai più che dell'assente, in quanto riguarda i frutti; poichè anche quando non ti lucrano intieramente, ne hanno però la massima parte.

Reputiamo pertanto adottabile la massima insegnata dal maggior numero degli autori francesi; che le rendite prodotte dai beni dell'assente non possono esser fatte proprie dagl'immessi nel possesso temporaneo, se non mediante la percezione; e che quelle le quali non siano ancora percette, al momento in cui cessi quella immissione in possesso, appartengono esclusivamente all'assente od a chi lo rappresenti; senzachè vi sia luogo a distinguere tra frutti naturali e frutti civili (1).

Per quanto concerne i *frutti naturali*, vi è stato chi ha pensato che quelli pendenti al momento della cessazione dell'assenza non siano da ritenersi appartenenti totalmente all'assente, od a chi per lui; ma “ sia più ragionevole ap-
“ plicare le regole del regime dotale (art. 1271, cod. Fran-
“ cese = 1416, cod. It.) facendo cioè una prima divisione
“ di quei frutti in proporzione del tempo pel quale abbia
“ durato l'immissione in possesso nell'ultima annata, e
“ prelevando poscia, sulla parte da attribuirsi agl'immessi
“ in possesso, il quinto od il decimo secondo le distinzioni
“ stabilite nell'art. 127 „ (2).

(1) V. Toullier, t. I, n. 450; Plasman, *Code et traité des absents*, t. II, p. 160-163; Marcadè, art. 127, § 5, t. I, n. 413; Demolombe, t. II, n. 121-122.

(2) V. Duranton, t. I, n. 498.

Come i frutti della dote sono dati al marito per sostenere i pesi del matrimonio, così — secondo questo autore — i frutti dei beni dell'assente sono attribuiti agl'immessi nel possesso temporaneo *pro cura et cultura*, per compensarli cioè degli oneri dell'amministrazione. In ciò trova egli ragione di analogia per applicare all'un caso le regole dell'altro. A suo avviso, la medesima norma dovrebbesi applicare pei frutti pendenti tanto al momento della immissione in possesso, quanto a quello della cessazione dell'assenza " perchè non sarebbe giusto che, attenendosi " rigorosamente alla letterale disposizione dell'art. 127, si " accordassero, per esempio, agl' immessi in possesso i " quattro quinti d'una raccolta imminente al tempo della " immissione; come non sarebbe giusto privare quei pos- " sessori d'ogni diritto ai frutti d'una raccolta che fosse " sul punto d'essere fatta al momento del ritorno dell'as- " sente ".

A questa argomentazione però fu data una risposta che ci sembra decisiva, ed è questa: la disposizione, che regola la ripartizione dei frutti dell'ultima annata, nel caso di restituzione della dote, è una disposizione eccezionale, da non potersi perciò estendere per analogia, tanto più poi che gli articoli 127 e 132 — 31 e 33, cod. It. — lungi di derogare alle norme generali, le consacrano invece in modo positivo.

Le rendite che il possessore temporaneo può ritenere, e quelle ch'egli deve riservare a profitto dell'assente, hanno da intendersi *depurate* dalle spese, dai tributi pubblici ed altri carichi inerenti ai frutti. Sarebbe evidentemente ingiusto ed inammissibile che tali oneri dovessero ricadere intieramente a diminuzione della parte di rendite riservata all'assente, o peggio ancora, dovessero riuscire ad intaccare in danno di lui la stessa sostanza capitale. Quello infine che ha voluto la legge è di accordare ai possessori provvisionali il godimento totale o parziale del patrimonio dello assente; e non si considera mai come oggetto di godimento, come rendita vera, fuorchè quanto resta dopo dedotte le

spese e gli oneri, che naturalmente debbano incombere alle rendite ed essere imputate a diminuzione di esse. Perciò la dottrina è concorde nel ritenere che gl'immessi in possesso provvisionale siano tenuti a provvedere, non già coi mezzi del proprio patrimonio, ma con quelli delle rendite dei beni dell'assente, a tutti quei carichi che per la natura loro sono da reputarsi inerenti ai frutti (1). Sarebbe difficile e pericoloso il voler fare una enumerazione tassativa di tali oneri. Anche il legislatore, quando ebbe ad occuparsi di simile argomento in materia di usufrutto, procedè soltanto per via di esemplificazione, riferendosi pel resto alla pratica dei buoni padri di famiglia nel ritenere certe spese come oneri dei frutti. Disse infatti nell'art. 506 che " l'usufruttuario è tenuto durante l'usufrutto a tutti i *ca-* " *richi annuali del fondo*, come sono i *tributi*, i *canoni* ed " altri *pesi che secondo la consuetudine gravano i frutti* ". È notevole però la differenza che deve necessariamente derivare dal non trattarsi d'un diritto particolare, come quello d'usufrutto sopra un bene determinato, ma d'un diritto avente per oggetto una universalità di beni, com'è quello appunto d'immissione nel possesso temporaneo del patrimonio dell'assente. Perciò non sembra dubbio doversi in primo luogo comprendere tra le spese, che sono da dedursi dalle rendite, quelle generali di amministrazione. Inoltre debbono pure detrarsi dalle rendite tutte le passività continue e periodiche, come tributi, interessi di capitali dovuti, canoni ed altre rendite passive. Ed anche le *spese di riparazione* sono da considerarsi come passività delle rendite, secondo i principii e le disposizioni che in altro luogo dimostrammo (2).

Il codice Francese non aveva disposizione che dichiarasse a chi dovessero gl'immessi in possesso fare la restituzione delle rendite riservate; e l'art. 127 parlava soltanto dello

---

(1) V. Marcadè, art. 127, § 9, t. I, n. 419; Demolombe, t. II, n. 127; Aubry e Rau, t. I, § 154; Laurent, t. II, n. 193.
(2) V. sopra, n. 181, p. 762-765.

assente. Nondimeno non poteva esser dubbio che la restituzione era talvolta dovuta *agli eredi dell'assente*, quando provato il tempo della morte di lui, ne risultasse essere chiamate a succedergli altre persone che quelle immesse nel possesso temporaneo (1). Il nostro codice ha provveduto espressamente; e dagli art. 33 e 34 risulta che la restituzione delle rendite è dovuta o all'assente stesso, se ricomparisce, od a chi lo rappresenti come procuratore, se sia soltanto provata la sua esistenza, od a coloro in vantaggio dei quali siasi aperta la successione, secondo il tempo della provata morte dell'assente stesso.

Le regole fin qui esposte intorno al diritto dei possessori provvisionali pel godimento delle rendite, e intorno agli oneri che vi corrispondono, sono comuni anche a coloro che siano ammessi all'esercizio di diritti particolari, dipendenti dalla condizione della morte dell'assente, sui beni di lui. È da farsi eccezione solamente per quelle massime, la cui applicabilità supporrebbe che si trattasse, non di oggetti particolari, ma di una universalità di beni; poichè esse sono necessariamente estranee al caso ora supposto, di un possesso che non ha per oggetto tutto il patrimonio dell'assente, ma beni o diritti particolari.

Così anche gli ammessi all'esercizio temporaneo di particolari diritti, come il legatario, il donante con patto di riversibilità della cosa donata, colui al quale spetta la nuda proprietà d'un bene ch'era usufruito dall'assente, ecc., potranno ritenere per sè le rendite dei beni formanti oggetto dei loro diritti nelle proporzioni e secondo i casi diversi contemplati negli articoli 30 e 31, cod. civ.; e dovranno eziandio sottostare in debita proporzione ai carichi inerenti alle rendite loro attribuite, come sarebbero le imposte, le spese di coltivazione, di amministrazione, di riparazioni locative od ordinarie, e simili. Ma per gl'interessi di debiti, o per le rendite perpetue o vitalizie, non sarebbero tenuti,

(1) V. Laurent, t. II, n. 194.

nè dovrebbero portare quei carichi periodici a diminuzione della rendita o della parte proporzionale della rendita a loro attribuita, non ostante che gl'immobili formanti oggetto del loro diritto si trovassero gravati di ipoteca per quelle passività.

§ II. — Della immissione nel possesso definitivo dei beni dell'assente.

Sommario — 199. Principii generali riguardanti questo argomento. — Partizione della materia.

199. — Siamo all'ultimo di quei due gradi, nei quali vedemmo distinguersi pei suoi effetti il secondo periodo dell'assenza; quello cioè in cui essa è dichiarata giudizialmente ed è conceduto ai presunti eredi dell'assente il possesso prima temporaneo e poscia definitivo dei beni di lui (1). E reputiamo che non sia senza qualche importanza il richiamare questo concetto, che riguardiamo come fondamentale, perchè può servire a determinare con qualche esattezza il vero carattere giuridico che la legge attribuisce alla *immissione nel possesso definitivo dei beni dell'assente.*

Nel secondo periodo predetto si tratta dunque sempre *del solo possesso* di questi beni, che non cessano d'essere considerati come costituenti il patrimonio dell'assente. Se non che gli effetti, che la legge attribuisce in questo nuovo stadio subalterno a quell'istituto d'indole affatto speciale, che è l'immissione in possesso, i diritti che conferisce ai possessori, variano notabilmente in confronto di quelli che sono stabiliti per lo stadio della semplice immissione temporanea. Non sono più i semplici diritti di amministrazione dei beni, di esercizio delle ragioni dell'assente in giudizio, di godimento parziale o totale delle rendite, che spettino ai possessori (art. 28, cod. civ.), ma sono i diritti stessi della proprietà, compreso quello di libera disposizione

(1) V. sopra, n. 133, p. 434-438.

dei beni (art. 37, cod. civile); diritti però che rimangono sempre *revocabili* pel caso che l'assente ritorni, o sia provata la sua esistenza, o provato il tempo della morte di lui, ne rimanga accertato che altri ne siano gli eredi (art. 39, 41, codice civile).

" È assai difficile — disse un autore — il definire, il " qualificare dottrinalmente il diritto degl'immessi nel pos- " sesso definitivo; diritto *sui generis*, nel quale vi è, se è " lecito dir così, un poco di tutto: *proprietà* sotto molti " rispetti: *mandato* sotto altri: proprietà soprattutto rela- " tivamente ai terzi, e mandato a fronte dell'assente, se " però egli stesso non consenta a considerare invece i pos- " sessori come proprietari „ (1).

È certo che intesa così la situazione giuridica degl'immessi nel possesso definitivo, essa diverrebbe, non solo difficile a qualificarsi e definirsi, ma mostruosa addirittura. Come sarebbe possibile conciliare nello stesso istituto l'esistenza contemporanea di caratteri contradditorii fra loro? Le idee di proprietà e di mandato si escludono a vicenda; non potendosi avere la proprietà d'una cosa di cui si abbia l'amministrazione per mandato altrui, perchè questo suppone necessario che la cosa sia d'altri; nè potendosi avere mandato per amministrare una cosa propria. Nè vale il dire che la proprietà è nei rapporti coi terzi, il mandato nei rapporti coll'assente; perchè, se è concepibile che talvolta non si possano esercitare verso terzi i diritti di proprietà che pur ci siano stati trasmessi da persona a cui competevano (art. 1942, cod. civ.), non si comprende invece come sia possibile vantare legalmente a fronte di terzi un diritto di proprietà che spetti invece ad altri.

Un altro autore ha data una spiegazione sotto qualche aspetto diversa, ma che neppure ci sembra soddisfacente. Egli ha detto che l'immissione in possesso definitivo fissa la sorte di coloro che la ottengono, nel senso ch'essi non

---

(1) V. Demolombe, t. II, n. 154.

sono più semplici depositari dei beni, ma ne acquistano *la proprietà*, sebbene *revocabile;* che però, rimpetto all'assente, non possono essere riguardati come proprietari, non dandosi eredità d'un uomo vivente; e non essendo proprietari, non possono dunque qualificarsi che come mandatari, come amministratori; che dunque è questa la duplice qualità rivestita dagl'immessi nel possesso definitivo; la quale, se pure ha in sè qualche cosa di apparentemente contraddittorio, è giustificata dall'interesse pubblico, essendo necessario ridonare al commercio i beni dell'assente, e ciò non potendosi ottenere se non si attribuisce agl'immessi in possesso il diritto di alienare (1). In fondo non sembra che questa teoria differisca sostanzialmente da quella a cui si vorrebbe sostituirla; il concetto dominante è sempre di riconoscere gl'immessi in possesso definitivo come proprietari nei rapporti coi terzi, come mandatari nei rapporti coll'assente.

Pensiamo però che tutte le difficoltà e le contraddizioni possano essere rimosse, semprechè si ritorni ai veri principii fondamentali di questa materia, che abbiamo testè ricordati. L'immissione in possesso, sia nel primo suo periodo provvisorio, sia pure nel secondo periodo definitivo, non può mai essere considerata nè come attributiva d'un vero diritto di proprietà, nè come costituente un semplice mandato. Diritto di proprietà non può essere, perchè ciò supporrebbe l'apertura della successione, e quest'apertura non può verificarsi se non quando sia provata la morte dell'assente stesso (art. 41, cod. civ.). Mandato non può essere, perchè l'immesso in possesso definitivo può disporre dei beni liberamente in proprio nome e nel proprio interesse (art. 37, cod. civ.), e l'assente, ritornando, è tenuto a rispettare questi atti, e non ricupera il suo patrimonio che *nello stato in cui si trova* (art. 39, cod. civ.); mentre un mandatario, per quanto straordinarie fossero le facoltà

(1) V. Laurent, t. II, n. 225.

impartitegli, quand'anche fosse abilitato a disporre liberamente dei beni, non potrebbe mai farlo che *in nome e nell'interesse del mandante.*

L'immissione stessa definitiva ha dunque per oggetto sempre ed unicamente *il possesso dei beni* dell'assente; possesso, però, a cui vanno annessi per disposizione della legge, in questo secondo stadio subalterno della dichiarazione d'assenza, diritti speciali assai diversi e più importanti di quelli che la legge stessa ha stabiliti pel primo stadio dell'immissione provvisoria, i quali diritti si estendono fino alla libera disposizione dei beni stessi. Se usa di questa sua facoltà, il possessore aliena cose che non sono veramente in proprietà sua, ma lo fa legittimamente in virtù di un potere straordinario conferitogli appunto dalla legge, e l'assente che ritorni è obbligato perciò a rispettare gli effetti di quegli atti, quantunque compiuti su beni suoi da chi non n'era che possessore, e compiuti da costui in proprio nome e nel proprio interesse. Se poi il possessore non usa di questa sua facoltà, e frattanto l'assente ritorna, o viene provata la sua esistenza, o viene provato che pel tempo in cui ne avvenne la morte la successione di lui spetta ad altri, i poteri di coloro che avevano ottenuta la immissione in possesso definitivo cessano *ipso facto et jure.* Tali ci sembrano nella loro semplicità i veri concetti giuridici risultanti dalle disposizioni colle quali il legislatore ha regolata questa materia; la cui difficoltà è stata forse accresciuta dai sistemi che gli interpreti vi hanno immaginato intorno. Che dopo ciò si dica spettare agl'immessi in possesso definitivo un *diritto di proprietà revocabile sui beni dell'assente*, può stare ancora; purchè s'intenda nel senso, che *il possesso* dato ai presunti eredi, quando sia divenuto definitivo, attribuisce ad essi per legge speciali diritti, i quali si estendono a tutte le facoltà stesse che sono inerenti al diritto di proprietà, salvochè l'attribuzione di quei diritti e poteri rimane *revocabile* pel caso che l'assente ritorni, o sia provato che viva, od essendone provata la morte risulti

che in relazione al tempo di essa gl'immessi in possesso non siano i veri eredi dell'assente.

Sarebbe stato lecito dubitare, in diritto costituendo, se verificandosi le condizioni che vedremo essere richieste affinchè il possesso temporaneo si trasmuti in definitivo, questo cangiamento avesse ad operarsi *di pien diritto*, per sola virtù della legge: o veramente si dovesse esigere l'intervento dell'autorità giudiziaria affichè pronunciasse sulla formale domanda degl'interessati per essere posti definitivamente in possesso.

Il codice Francese, e quelli che in Italia precedettero l'attuale, erano concordi nel ritenere la necessità che l'immissione in possesso definitivo fosse pronunciata dal tribunale (art. 129, codice Franc. — 135, cod. D. S. — 1061, cod. Parm. — 93, cod. Alb. — 61, cod. Est.).

Il progetto di codice presentato dal Ministro *Pisanelli* stabiliva nell'art. 37 che, avverandosi le circostanze ivi previste " *il possesso temporaneo si cangia di diritto in definitivo* „. Allegavasi la semplicità di questo sistema, il vantaggio di risparmiare spese, la mancanza d'una causa sufficiente per far intervenire l'autorità giudiziaria pel solo accertamento delle circostanze di fatto determinatamente prescritte dalla legge.

Al contrario la Commissione Senatoria, attenendosi anche all'esempio delle altre legislazioni moderne, avvisò che, se non assolutamente necessario, fosse almeno assai conveniente il far precedere alla immissione in possesso definitivo un provvedimento dell'autorità giudiziaria, la quale in cognizione di causa riconoscesse concorrere in fatto le condizioni dalla legge stabilite; rimanendo pure così meglio assicurati i terzi nelle contrattazioni che avessero a fare cogl'immessi in possesso.

Si fece notare la importanza di questa trasformazione del possesso temporaneo in definitivo; e quanto fossero gravi e pericolose per l'assente le conseguenze che ne derivano; e come inoltre alcune di queste conseguenze fos-

sero d'impossibile attuazione senza un decreto giudiziale; come sarebbe per la cancellazione dell'iscrizione della ipoteca che fosse stata costituita per cauzione dai possessori provvisionali (1).

Queste ultime idee prevalsero anche presso la Commissione coordinatrice; e fu così mantenuto il principio che la immissione nel possesso definitivo non si effettui di pieno diritto, ma le parti interessate debbano invocarla dal tribunale, a cui spetti di pronunciarla (art. 36, codice civile).

Le ricerche necessarie a farsi, in questo tema della immissione in possesso definitivo, riguardano:

1° le condizioni richieste affinchè tale immissione possa essere domandata;

2° le persone che possono invocarla;

3° le forme del procedimento;

4° gli effetti che derivano dalla immissione stessa.

A

Delle condizioni necessarie affinchè la immissione in possesso definitivo possa essere richiesta.

Sommario. — 200. Quali siano queste condizioni, e quali ne siano i motivi. — 201. Del caso in cui siano scorsi trent'anni dopo la immissione nel possesso temporaneo. — 202. Del caso in cui siano scorsi cento anni dalla nascita dell'assente e tre dalle ultime notizie di lui.

200. — Le condizioni, verificandosi le quali è data facoltà alle persone interessate di chiedere al tribunale la immissione nel possesso definitivo, sono determinate dall'art. 36 del cod. civ. Esse consistono in questa alternativa: o che " l'assenza sia stata continuata per lo spazio di " *trent'anni dopo la immissione nel possesso temporaneo* „ o che " siano trascorsi *cento anni dalla nascita dell'assente*, e

(1) V. Relazione della Commissione Senatoria, l. I, p. 20.

“ le ultime notizie di lui *risalgano almeno a tre anni ad-*
“ *dietro* „.

Il progetto di codice, presentato nel 1860 dal ministro *Cassinis* al Parlamento, recava una notevole abbreviazione di questi termini — che anche nei codici anteriori erano quali sono ora riportati nel codice Italiano (art. 129, codice Francese — 135, cod. D. S. — 1061, cod. Parm. — 93, cod. Alb. — 61, cod. Est.) — ammettendosi, secondo quel progetto la immissione definitiva in possesso qualora fossero trascorsi *venti anni* dopo la immissione in possesso provvisorio, o fossero compiuti *ottanta anni dalla nascita* dell'assente, purchè le ultime notizie di lui risalissero almeno a *dieci anni* addietro, ovvero fossero scorsi *cento anni* dalla nascita, con *tre anni* di mancanza d'ogni notizia. Simili proposte erano state mantenute poi anche nel progetto *Pisanelli.* Ma la Commissione del Senato, adottando l'avviso espresso da parecchie tra le Corti d'appello del regno, reputò non conveniente lo scostarsi dalle norme sancite dai codici anteriori, le quali apparivano fondate sopra basi di ordine naturale che possono dirsi immutabili, com'è quella della più lunga durata che si suole verificare nella vita umana. Tali idee furono pure accolte dalla Commissione coordinatrice; e si mantenne così il sistema di prendere per base i *trenta* anzichè i venti anni di durata del possesso temporaneo, e i *cento* anzichè gli ottanta anni di vita che avesse compiuti l'assente. Solo si adottò la proposta del progetto ministeriale, di non ammettere come bastante il compimento di cento anni dalla nascita dell'assente, se non concorresse inoltre l'altra circostanza che le ultime notizie di lui risalissero almeno a tre anni addietro. E fu questo per certo un savio temperamento: perchè poco fondamento avrebbe la probabilità di morte dell'assente, quantunque fossero già compiti cent'anni dalla nascita di lui, se si avessero notizie recentissime che ne accertassero la esistenza. E sarebbe strano, per esempio, ammettere i presunti eredi al possesso definitivo dei beni dell'assente ap-

pena fossero trascorsi i cento anni dalla sua nascita, qualora nel giorno stesso in cui li compiva se ne fossero avute notizie.

201. — Nel primo dei casi contemplati dall'art. 36, il tempo di trent'anni devesi computare, secondo l'espressa dichiarazione in esso articolo contenuta, *dopo la immissione nel possesso temporaneo*. Queste parole, ricopiate testualmente dall'art. 129 del codice Francese, avevano dato luogo sotto quel codice a diverse interpretazioni; quantunque d'interpretazione veramente poco paressero suscettibili per la chiarezza del loro significato. Alcuni autori pretesero che se il legislatore ha indicato come punto di decorrenza del tempo di trent'anni *la immissione nel possesso temporaneo*, sia stato perchè quasi sempre la domanda per tale immissione segue immediatamente *la dichiarazione d'assenza;* ma che, secondo lo spirito della legge, i trent'anni anni debbano veramente computarsi *da questa dichiarazione*. I loro argomenti, non disprezzabili certamente, si riassumono nei seguenti. L'immissione in possesso definitivo — così dicono — è appoggiata alla presunzione di morte dell'assente, presunzione che si considera come giunta al massimo grado di sua forza. Ora questa presunzione è fondata appunto sulla dichiarazione di assenza; mentre è, sotto questo punto di vista, completamente indifferente il fatto, estraneo all'assente, dell'essere o no stati immessi i presunti eredi di lui nel possesso temporaneo dei beni. D'altra parte lo stesso legislatore mostra di non avere speciale riguardo a questo fatto, allorchè attribuisce ai possessori provvisionali la totalità delle rendite dcpo trent'anni decorsi, non dalla immissione in possesso temporaneo, ma *dal giorno dell'assenza* (articolo 127, codice Francese = 31, codice Italiano) e allorchè ammette potersi far pronunciare la immissione nel possesso definitivo, quantunque non preceduta dalla immissione in possesso temporaneo, quando siano trascorsi cento anni dalla na-

scita dell'assente (art. 129, codice Francese = 36, codice Italiano) (1).

Una tale dottrina non manca però, nè poteva davvero mancare di contraddittori; i quali rispettando la legge qual'è, poichè il testo non presenta la benchè menoma oscurità od ambiguità, ritennero, conformemente ad essa, che i *trent'anni*, trascorsi i quali può essere chiesta l'immissione nel possesso definitivo, dovessero computarsi *dalla immissione nel possesso temporaneo*. Il maggior numero degli autori non immaginò anzi neppure un dubbio intorno a ciò, tanto la cosa pareva evidente; ed uno scrittore più recente, che prese in esame l'opinione manifestata dai due autori sopra citati, la confutò energicamente (2). In verità gli argomenti addotti in appoggio di essa sembrano tutt'altro che decisivi. Il parlare della ragionevolezza di adottare come punto di partenza la dichiarazione dell'assenza, anzichè la immissione in possesso temporaneo, potrebb'essere a proposito qualora si trattasse di stabilire una nuova regola di legge, o di supplire alla mancanza di una norma positiva; ma non è ammissibile qui dove si tratta di applicare una disposizione esistente, e chiarissima. D'altra parte, ammesso che la *presunzione di morte dell'assente* — come dicono i due autori citati — o piuttosto, secondo l'opinione nostra, la semplice *probabilità* che tale morte sia avvenuta, sia una delle ragioni, sulle quali si fondò la immissione nel possesso definitivo, non è però certamente la sola; e tra gli altri motivi, è principalissimo quello di far cessare uno stato di provvisorietà, il cui prolungamento eccessivo nuocerebbe ai presunti eredi, all'interesse delle famiglie, alla buona amministrazione dei beni, al commercio di essi. Or sotto questo aspetto riesce anzi evidentemente giustificato che i trent'anni, dopo i quali

(1) V. Marcadè, art. 129, § 4, t. I, n. 430; Demolombe, t. II, n. 148.

(2) V. Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, c. XX, s. 5; Plasman, *Code et traité des absents*, t. I, p. 227; Duranton, t. I, n. 500; Zachariae, t. I, § 156; Aubry e Rau, t. I, § 156; Laurent, t. II, n. 222.

può farsi luogo ad accordare ai presunti eredi il possesso definitivo, decorrano dalla loro immissione nel possesso temporaneo, e non da altro tempo. Oltre a ciò, qualora si volesse assumere per punto di partenza il tempo in cui divenne probabile la morte dell'assente, bisognerebbe risalire al giorno in cui egli scomparve, od in cui si ebbero le ultime sue notizie, e cioè alla *presunzione*, non alla *dichiarazione* di assenza. Si cita l'art. 127 del codice Franc. — a cui corrisponde il 31 del codice nostro — che non fa decorrere i trent'anni, dopo i quali il possessore provvisionale fa proprie intieramente le rendite, dal giorno della immissione in possesso; ma esso non li fa neppur decorrere dalla *dichiarazione* d'assenza, bensì dalla semplice *presunzione* di essa. E poi, altro è l'ottenere il godimento totale delle rendite, pur rimanendo possessore temporaneo, ed altro l'essere immesso in possesso definitivo. Si argomenta pure dall'essere ammesso che passati i 100 anni dalla nascita dell'assente si possa ottenere l'immissione in possesso definitivo, ancorchè non sia preceduta la immissione in possesso temporaneo. Ma quale concludenza può avere ciò, per stabilire che il punto di decorrenza de' trent' anni, dopo i quali si può domandare la immissione nel possesso definitivo dei beni d'un assente, dalla cui nascita non siano ancora trascorsi 100 anni, quel punto di decorrenza debba trovarsi nella dichiarazione di assenza piuttosto che nella immissione in possesso temporaneo?

Sembra pertanto che gli argomenti addotti dal *Marcadè* e dal *Demolombe* non possano essere abbastanza efficaci contro la disposizione letterale della legge, e contro l'opinione comune degli altri interpreti.

Nondimeno un commentatore del nostro codice ha abbracciata l'opinione dei lodati due autori, che erroneamente ha detto essere *comune in Francia*. A suo avviso " l'im-
" missione nel possesso provvisorio è un fatto troppo ac-
" cidentale, troppo incerto „. Può avvenire che nessuno si curi di domandare quella immissione temporanea; e allora

non decorrerebbe il tempo per chiedere la immissione definitiva. Può avvenire che chi ottenne il possesso temporaneo ne rimanga poi escluso, nei casi previsti dall'articolo 32, cod. civ. Può darsi ancora che da più presunti eredi il possesso temporaneo sia ottenuto in tempi diversi. “ Non vi “ è dunque — così finisce l'autore — un punto unico e “ certo, dal quale misurare il periodo dei trent'anni; e si “ è costretti a concludere che la base del termine sia il “ giorno in cui fu dichiarata l'assenza „ (1).

Pensiamo, innanzi tutto, che non sia senza qualche opportunità il ricordare, come il nostro codice non abbia ammesso che la immissione in possesso temporaneo possa essere pronunciata colla stessa sentenza che dichiari l'essenza, ma disponga invece che solo dopo sei mesi dalla seconda pubblicazione di questa sentenza sia proponibile la domanda d'immissione provvisoria (art. 26, cod. civile). Perciò non potrebbe avere per noi alcun valore la spiegazione data dai due autori, che il Borsari volle seguire; i quali dicevano che se il legislatore aveva parlato nell'articolo 129 di quel codice — 36 del codice Italiano — di *trent'anni dopo la immissione nel possesso temporaneo*, era perchè aveva identificato nel suo pensiero questa immissione colla *dichiarazione di assenza*, potendo l'una e l'altra essere pronunciata colla stessa sentenza. Ora poi, se dopo trascorso il termine stabilito dall'art. 26 del codice nostro, i presunti eredi dell'assente trascurino di domandare, come ne avrebbero diritto, la immissione nel possesso temporaneo, è certo che non prenderà corso in loro favore il tempo di trent'anni dopo cui potrebbesi trasformare il possesso temporaneo in definitivo, a norma dell'art. 36; ed a questi presunti eredi rimarrà soltanto di poter chiedere la immissione definitiva, sebbene non preceduta dalla temporanea, quando siano compiti cento anni dalla nascita dell'assente e da tre anni almeno manchino sue notizie,

(1) V. Borsari, *Commentario*, art. 36, vol. I, § 168, p. 243.

com'è espressamente dichiarato nell'art. 38. Questo è vero; ma non sappiamo trovarvi quel grave inconveniente che il Borsari vi scorgeva, mentre è per colpa degli stessi presunti eredi, che tutto ciò avviene. Aggiungasi una giusta osservazione del *Laurent*; che cioè l'inazione degli eredi in simil caso dipende presumibilmente da sopravvenute notizie dell'assente, il che rende anzi ragionevole il tener pure in sospeso il corso del tempo per la domanda d'immissione in possesso definitivo.

Un altro scrittore nostro, mentre riconosceva che la immissione in possesso definitivo può essere domandata, a senso dell'art. 36, cod. civ., " quando l'assenza fu con-" tinuata per lo spazio di *trent'anni dopo la immissione nel* " *possesso temporaneo* ", soggiungeva però che " se l'im-" missione in possesso temporaneo non abbia avuto luogo, " l'immissione nel possesso definitivo può domandarsi *tra-" scorsi trent'anni dal giorno in cui si sarebbe potuta doman-" dare* " e citava in nota l'opinione del *Marcadè* e del *Demolombe*, riferendone alcuni dei motivi (1). Veramente l'opinione di questi autori era precisa ed assoluta nel senso che i trent'anni, allo spirar dei quali fosse ottenibile l'immissione in possesso definitivo, *dovessero sempre decorrere dal giorno della dichiarazione di assenza.* Invece secondo il *Pacifici-Mazzoni*, i trent'anni decorrerebbero *dalla immissione nel possesso temporaneo* qualora la relativa domanda fosse fatta regolarmente a norma dell'art. 26, cod. civile; ma se i presunti eredi ommettessero o ritardassero l'istanza, i trent'anni decorrerebbero, non dalla dichiarazione d'assenza, ma *dal giorno in cui sarebbesi potuto chiedere l'immissione provvisoria*, cioè da quello immediatamente successivo allo scorrere dei sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza dichiarante l'assenza. È una nuova versione, ispirata, come si scorge, dalla speciale disposizione del codice nostro, che non ha permessa la immissione

---

(1) V. Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, l. I, 3ª ediz., vol. 2, n. 108, nª 2, p. 155.

in possesso temporaneo se non dopo il detto termine. Ma non vediamo poi sul fondamento di quale disposizione di legge potrebbe considerarsi la scadenza di quel termine come punto di decorrenza dei 30 anni dopo i quali può domandarsi la immissione in possesso definitivo. Se non che, quali sarebbero i risultati dell'applicazione di una tale massima? Sarebbero questi: che il presunto erede, il quale si fosse fatto diligente a domandare l'immissione in possesso temporaneo, appena lo poteva a termini dell'art. 26, cod. civ., non potrebbe poi invocare il possesso definitivo, se non dopo trent'anni *dalla pronunzia della sentenza* che gli avesse accordata quella prima immissione temporanea; mentre, se avesse ritardato a fare l'istanza pel possesso temporaneo, potrebbe richiedere il definitivo quando fossero passati trent'anni *dal giorno in cui avrebbe potuto proporre l'istanza stessa.* Così la sua negligenza gli darebbe almeno il vantaggio di tutto il tempo che può correre tra la presentazione d'una istanza per immissione in possesso temporaneo, e la pronuncia della sentenza che l'esaudisca. Oltre di che, il presunto erede, che non avesse chiesta mai la immissione in possesso temporaneo, dopo trent'anni dal giorno in cui avrebbe potuto domandarla sarebbe ammesso a conseguire direttamente la immissione definitiva; mentre il legislatore, nell'art. 36 del codice ha ritenuto che la immissione temporanea debba avere preceduto ed essere durata per trent'anni, e nel solo caso del compimento di cento anni dalla nascita dell'assente ha ammesso nell'articolo 38 che la immissione in possesso sia concedibile direttamente in modo definitivo. Ci sembra che basti il riflettere a queste conseguenze per dover riconoscere inammissibile la teoria.

Durante lo spazio dei trent'anni dopo la immissione nel possesso temporaneo, l'assenza dev'essere stata *continuata* — come dichiara espressamente lo stesso art. 36, codice civile — affinchè possa essere pronunziata la immissione definitiva. Qualunque interruzione fosse avvenuta impedi-

rebbe di più contare i trent'anni, se non dal giorno in cui, verificatisi di nuovo gli elementi costitutivi dell'assenza, vi si fosse anche unito il possesso provvisorio da parte dei presunti eredi.

202. — Nel secondo dei casi considerati nell'art. 36 è richiesto il concorso di due condizioni; cioè, che sia compiuto il centesimo anno dal dì della nascita dell'assente, e che sia compiuto pure il terzo anno dal giorno delle ultime notizie che si ebbero di lui.

Ma purchè ambedue queste condizioni siansi verificate, poco importa che l'adempimento di esse sia contemporaneo, o l'una abbia preceduta l'altra; nè è punto necessario, per dar luogo al possesso definitivo, che i tre anni di mancate notizie siano posteriori al compimento del centesimo anno dell'assente. Così, se nel giorno stesso, in cui egli compirebbe i cent'anni, si raggiunga il termine dei tre anni interi da quando se ne ebbero le ultime notizie, o se questo termine sia già trascorso prima, si potrà immediatamente chiedere la immissione definitiva; come si potrà chiederla in quel giorno qualunque, posteriore al centesimo anno di età dell'assente, nel quale sia trascorso pure il terzo anno di mancanza di ogni notizia di lui. Tutto ciò risulta chiaramente dai termini stessi nei quali è concepito l'art. 36; ed è d'altro lato perfettamente conforme ai motivi che ispirarono quella disposizione.

Parimente, se si verifichi il concorso delle accennate due condizioni, non è poi necessario che abbia anche avuto luogo precedentemente la immissione nel possesso temporaneo; e si può chiedere direttamente e immediatamente la immissione in possesso definitivo. Quello però, che anche in questo caso è necessario di far precedere, è la *dichiarazione di assenza;* poichè essa costituisce sempre la base fondamentale d'ogni effetto dell'assenza a vantaggio di coloro che hanno diritti da esercitare dipendenti dalla morte dell'assente.

Per togliere ogni dubbio intorno a questo punto è stato

espressamente dichiarato nell'art. 38 del codice civile, che " qualora i cento anni dalla nascita dell'assente si compissero prima della dichiarazione d'assenza, o dopo di " essa, ma prima della immissione nel possesso temporaneo, gli aventi diritto, *premessa nel primo caso la dichiarazione di assenza*, possono domandare che la immissione " nel possesso e l'esercizio dei diritti dipendenti dalla condizione della morte dell'assente siano concessi in modo " definitivo, purchè le ultime notizie dell'assente risalgano " almeno a tre anni addietro „.

Quando i cento anni dalla nascita dell'assente si compissero prima della dichiarazione di assenza, e verificandosi inoltre che le ultime notizie risalissero a tre anni addietro si volesse dimandare la immediata immissione nel possesso definitivo, bisognerebbe — ciò s'intende — fare precedere, oltre alla dichiarazione di assenza, anche l'apertura degli atti d'ultima volontà dell'assente, se ve ne fossero (art. 26, § 1, cod. civile). Quello solo, da cui la legge dispensa in questo caso, si è di premettere la immissione in possesso temporaneo; pel quale stadio non è necessario allora passare per giungere al possesso definitivo, ma si può domandare e si ottiene questo direttamente e immediatamente.

B

Delle persone che possono chiedere la immissione in possesso definitivo.

Sommario. — 203. Quali persone siano *parti interessate* aventi diritto di fare istanza per la immissione in possesso definitivo.

203. — Secondo l'articolo 36 del nostro codice " il " tribunale, *sulla istanza delle parti interessate*, pronunzia " la immissione nel possesso definitivo „. Non era necessario dire di più; comprendendosi facilmente quali persone possano avere interesse legittimo a fare istanza per

ottenere una tale immissione definitiva. Questa non è altro, come osservammo, che un nuovo aspetto, un ultimo grado degli effetti derivanti dalla dichiarazione di assenza, una trasformazione finale della concessione del possesso dei beni dell'assente a coloro che ne sarebbero eredi testamentari o legittimi, o che avrebbero su alcuno di quei beni diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui; la quale concessione di possesso costituisce appunto il principale effetto della dichiarazione di assenza. È naturale pertanto che l'istanza per la pronunzia giudiziale, richiesta affinchè l'immissione in possesso assuma questo nuovo carattere, e produca i suoi maggiori effetti, debba farsi da quelle stesse persone, che in seguito alla dichiarazione di assenza hanno diritto a chiedere la immissione in possesso, secondo l'articolo 26, § 2, del codice civile.

Ma perchè dunque non ha il legislatore dichiarato senza altro che l'istanza per la immissione definitiva si farà da coloro stessi che ottennero prima la immissione temporanea in possesso? Sarà questo effettivamente il caso ordinario, il più frequente a verificarsi. Ma non era da escludersi che talvolta potesse anche accadere diversamente. Se al tempo della immissione temporanea le persone che vi avrebbero avuto diritto preferibilmente o congiuntamente a quelle che l'ottennero, non si siano presentate, o perchè assenti esse stesse, o perchè risiedendo in luogo lontano dal domicilio dell'assente non abbiano conosciuto lo stato delle cose, o perchè ad ogni modo non abbiano voluto allora esercitare la facoltà che ad esse concedeva la legge, ciò però non le priva del diritto di presentarsi al tempo della immissione in possesso definitivo, e chiedere che questa venga pronunziata in loro favore.

Su tale punto non sembra che possa nascere dubbio. Il nostro Codice ha nell'articolo 32 una disposizione espressa, nella quale, rispondendo ad una questione proposta già dalla dottrina, e risolvendola nel medesimo senso da essa insegnato, si dichiara che " se durante il possesso tempo-

" raneo, alcuno provi di avere avuto, al tempo da cui parte
" la presunzione di assenza, un diritto prevalente od uguale
" a quello del possessore, può escludere questo dal possesso
" o farvisi associare; ma non ha diritto ai frutti, se non dal
" giorno della domanda giudiziale „. Ora, si è certamente ancora nello stadio del possesso temporaneo, allorchè si fa luogo a proporre l'istanza per la trasformazione di esso in possesso definitivo. Se dunque taluno prova contro le persone investite del possesso provvisorio, di avervi diritto a preferenza di loro, perchè non dovrebbe essergli lecito di agire per essere in loro luogo immesso nel possesso definitivo? Forsechè dovrebb'egli agire prima per escludere dal possesso temporaneo coloro che lo avevano ottenuto, e chiedere dopo che quel possesso fosse cangiato in definitivo? Ma ciò non sarebbe altro che un giro ozioso di procedimento; dato che sin d'allora sussista il fondamento legale per poter domandare la immissione definitiva. O forse alla istanza osterebbe la considerazione che il possesso temporaneo trentennale, formante base, secondo l'art. 36, della domanda d'immissione in possesso definitivo, sarebbe stato esercitato da altri? Ma l'articolo predetto richiede che *l'assenza sia stata continuata per lo spazio di trent'anni, dopo la immissione nel possesso temporaneo*, non già che questa sia stata ottenuta dalle stesse persone che chiedono poscia l'immissione definitiva. E poi quando altri provano di avere avuto al tempo da cui parte la presunzione di assenza un diritto prevalente a quello dei possessori, debbono intendersi sostituiti a questi per tutti gli effetti giuridici del possesso da essi indebitamente conseguito; salva la sola limitazione espressa nell'articolo 32, per ciò che riguarda i frutti; ai quali coloro che agiscono per essere sostituiti, nel possesso dei beni dell'assente, a quelli che l'avevano ottenuto, non hanno diritto che *dal giorno della domanda giudiziale*. Oltre a ciò, può darsi che la istanza per la immissione in possesso definitivo non si fondi sull'essersi continuata l'assenza per lo spazio di trent'anni dopo la immis-

sione nel possesso temporaneo, ma sull'essere trascorsi cento anni dalla nascita dell'assente, e sulla mancanza di notizie di lui da più di tre anni. Un'altra difficoltà potrebbesi opporre, dedotta dalla regola generale dell'art. 2135, secondo cui *qualsiasi azione si prescrive col decorso di trenta anni*. È indubitabile che all'applicazione di questa regola va soggetta anche l'azione per ottenere il possesso dei beni dell'assente, e che il tempo dei trent'anni deve decorrere dal giorno in cui l'azione cominciata a poter essere esercitata, cioè dalla scadenza dei sei mesi posteriori alla seconda pubblicazione della sentenza dichiarante l'assenza (art. 26, cod. civ.). Ma oltrechè, può avvenire che la domanda d'immissione in possesso definitivo non si appoggi al fatto di essere stata continuata l'assenza *per trent'anni dopo la immissione nel possesso temporaneo*, ma al compimento dei cento anni di età dell'assente ed alla mancanza d'ogni notizia di lui per oltre un triennio; può pure verificarsi che la prescrizione dell'azione di coloro che hanno diritto ad escludere dal possesso quelli che l'hanno ottenuto, sia stata interrotta. È dunque possibile che allorquando si fa luogo, a termini dell'art. 36, cod. civ., a chiedere la immissione nel possesso definitivo dei beni dell'assente, altre persone, diverse da quelle che avevano conseguita l'immissione in possesso temporaneo, abbiano azione legalmente esercibile per fare pronunziare a loro vantaggio quella immissione definitiva. Ed è perciò che nell'articolo predetto è dichiarato genericamente pronunziarsi la immissione nel possesso definitivo *sulla istanza delle parti interessate*, e non limitatamente *sulla istanza di coloro che avevano ottenuto l'immissione nel possesso temporaneo*.

Ben s'intende che sarebbe *in contradditorio degl'immessi in possesso temporaneo*, che dovrebbe agire chi pretendesse di avere a preferenza di loro il diritto d'essere immesso nel possesso definitivo.

C

Del procedimento per ottenere la immissione nel possesso definitivo.

SOMMARIO. — 204. Quale tribunale sia competente a pronunciare la immissione in possesso definitivo. — 205. Quali forme si debbano seguire nel relativo procedimento.

204. — Anche qui, come per la dichiarazione di assenza (art. 22, cod. civ.) e per la immissione nel possesso temporaneo (art. 26, cod. civile) la legge dichiara doversi rivolgere *al tribunale* la istanza delle parti interessate, affinchè sia pronunziata la immissione nel possesso definitivo; ma non determina poi espressamente quale tra i tribunali debbasi ritenere competente. Per ciò stesso però è manifesto non essersi voluto derogare al principio generale, applicabile per identità di motivi in tutta questa materia, che cioè la competenza debba essere determinata dal luogo d'ultimo domicilio o d'ultima residenza dell'assente (articolo 21, cod. civ.) (1). È infatti il tribunale avente giurisdizione in questo luogo, che con più perfetta cognizione di causa può pronunciare sulla domanda d'immissione in possesso definitivo; essendo probabile che ivi, più facilmente che altrove, siano note le circostanze risultanti da notizie sopraggiunte, per le quali non sussista forse più quella incertezza sulla esistenza della persona scomparsa dal suo domicilio, che ha dato luogo a dichiararne l'assenza. Nè deve fare ostacolo la considerazione che si tratti di attuare sui beni dell'assente quei diritti, simili agli attributi della proprietà, che la legge conferisce ai presunti eredi dell'assente medesimo in seguito all'immissione nel possesso definitivo; talchè fosse per questo motivo da ritenersi competente l'autorità giudiziaria del luogo di situazione dei beni, se immobili. Basta riflettere che non si tratta di diritti

(1) V. sopra, n. 159, p. 591, n. 172, p. 710.

particolari sovra beni determinati, ma di diritti aventi per oggetto una universalità, l'intero patrimonio dell'assente; nè sarebbe possibile attribuire la competenza ai diversi tribunali dei luoghi ove fossero situati i singoli beni, occorrendo un solo pronunziato, che accordi o neghi l'immissione in possesso definitivo di tutto quel patrimonio. E come le azioni relative ad una eredità si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo dell'aperta successione, cioè del luogo d'ultimo domicilio del defunto, così è coerente che la domanda d'immissione nel possesso definitivo dei beni dall'assente si proponga davanti il tribunale dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza dell'assente medesimo. D'altra parte tutto l'ordinamento relativo all'assenza si collega nelle varie sue parti; nè sarebbe congruo che a risolvere sulla immissione in possesso definitivo fosse chiamato un tribunale diverso da quello a cui spetta dare i provvedimenti per l'assenza presunta, e pronunciare più tardi la dichiarazione di assenza, ed accordare ai presunti eredi la immissione nel possesso temporaneo.

La maggior parte delle premesse considerazioni essendo comuni anche al caso in cui si tratti di trasmutare in definitivo l'esercizio temporaneo, da prima ottenuto, di diritti particolari su determinati beni dell'assente, diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui, sembra quindi che anche a tale ipotesi sia da applicarsi la medesima regola di competenza del tribunale del luogo d'ultimo domicilio o d'ultima residenza dell'assente.

205. — Nel testo del codice non trovasi neppure alcuna disposizione che stabilisca forme speciali da osservarsi nella istanza e nel procedimento per la immissione nel possesso definitivo. Da ciò devesi dedurre che dunque siano applicabili semplicemente le regole comuni; le quali sono diverse secondo che sulla istanza abbiasi a trattare *senza contradditorio*, od all'opposto sia da agire *contro altri;* dovendo nel primo caso il tribunale provvedere in camera di

consiglio (art. 778, n. 2, cod. proc. civ.) e nel secondo dovendosi procedere nelle forme ordinarie dei giudizi. Questa ultima ipotesi potrebbesi verificare quando il possesso temporaneo fosse stato ottenuto da altre persone, contro le quali s'invocasse un diritto prevalente od uguale, per escluderle dal possesso o farvisi associare, riportandone a proprio vantaggio la immissione definitiva; come già osservammo in un numero precedente (1).

Qualora invece fossero gli eredi testamentari, i quali avendo già ottenuto il possesso temporaneo, chiedessero ch'esso venisse dichiarato definitivo, ovvero fossero gli aventi sui beni dell'assente diritti particolari dipendenti dalla condizione della morte di lui, che domandassero trasmutarsi in definitivo l'esercizio provvisorio a cui fossero stati ammessi delle loro ragioni, non avrebbero essi bisogno di agire come per la dichiarazione d'assenza e per l'immissione nel possesso provvisionale, in contraddittorio degli eredi legittimi (confr. art. 22, 26, §§ 2 e 3, cod. civ.). A tale contraddittorio essendosi già fatto luogo in circostanza appunto della dichiarazione d'assenza e della immissione nel possesso temporaneo, gli eredi legittimi hanno potuto allora far valere le ragioni che avevano, ed opporre alle pretensioni degli eredi testamentari, o di chi vantava diritti particolari dipendenti dalla condizione della morte dell'assente, quelle eccezioni e quelle difese che stimavano di loro interesse. La sentenza che abbia dichiarato in favore degli attori la esistenza della qualità di eredi testamentari, o dei diritti particolari che invocavano, ed il conseguente diritto al possesso dei beni dell'assente od all'esercizio delle allegate ragioni particolari, ha contro gli eredi legittimi l'autorità di cosa giudicata; non solo per ciò che concerne il possesso temporaneo allora domandato, ma anche quanto al possesso definitivo; il quale non è altro veramente che lo svolgimento, la trasformazione ultima, l'esito finale di quel possesso di

(1) V. sopra, n. 203, p. 915, 916.

cui fu riconosciuto giudizialmente il diritto. Se dunque la legge non ha ripetuta per la immissione definitiva la disposizione data relativamente al possesso temporaneo, non ha dichiarato cioè che gli eredi testamentari o le persone aventi diritti particolari dipendenti dalla morte dell'assente, debbano agire in contradditorio degli eredi legittimi, fu perchè non era veramente il caso di esigerlo. E per la stessa ragione nell'art. 794 del cod. di proc. civile fu dichiarato che " *sulle domande per dichiarazione di assenza, per immis-* " *sione nel possesso temporaneo* dei beni dell'assente e per " ammissione di cauzione, il tribunale provvede in camera " di consiglio, *se tali domande siano proposte dagli eredi* " *legittimi*, e si procede nelle forme stabilite per i giudizi " sommari, *se le domande siano proposte da altri interessati* ". Ma non è annoverata tra le domande, alle quali è applicabile la predetta distinzione, quella per la *immissione nel possesso definitivo dei beni dell'assente*, appunto perchè quand'anche essa sia *proposta da altri interessati*, non avendo più questi bisogno di agire in contradditorio degli eredi legittimi, non si procede nelle forme dei giudizi, ma il tribunale provvede in camera di consiglio. Ciò s'intende, salvo sempre il caso accennato in principio di questo numero, che l'immissione definitiva non sia chiesta da quelle stesse persone che avevano prima ottenuto il possesso temporaneo, ma da altre che pretendano di escludere quelle dal possesso, facendolo dichiarare definitivo in proprio favore; poichè allora, dovendosi necessariamente agire *in contraddittorio* di coloro che i nuovi pretendenti vorrebbero spogliare del possesso, sarebbe certamente indispensabile osservare le forme comuni dei giudizi, nè potrebbesi pronunciare in camera di consiglio.

Così pure quando si trattasse di chiedere la immissione in possesso definitivo, senzachè fosse preceduta dal possesso temporaneo, nè dalla dichiarazione d'assenza — com'è ammesso dall'articolo 38 del codice civile pel caso che siano compiti i cento anni dalla nascita dell'assente, e le ultime

notizie di lui risalgano almeno a tre anni addietro — sarebbe ancora in contraddittorio degli eredi legittimi, e quindi nelle forme dei giudizi, che gli eredi testamentari, o coloro che invocassero sui beni dell'assente diritti particolari dipendenti dalla condizione della morte di lui, dovrebbero proporre le loro istanze; poichè, essendo allora indispensabile — com'è espresso nel medesimo art. 38 — far prima pronunciare la dichiarazione d'assenza, ciò non potrebbe effettuarsi se non agendo appunto in contraddittorio degli eredi legittimi, secondo l'esplicita prescrizione dell'art. 22, codice civile.

In questa materia, delle forme di procedimento per la immissione in possesso definitivo dei beni dell'assente, è stata proposta e variamente risoluta dagli autori francesi la questione: se sia necessario rinnovare le informazioni che il tribunale deve ordinare ed assumere prima di poter pronunciare sulla domanda di dichiarazione dell'assenza (art. 116, codice Francese, 23, codice Italiano).

Opinarono alcuni che, siccome per poter pronunciare la immissione in possesso definitivo bisogna accertare avanti tutto *la continuazione dell'assenza*, così divenga indispensabile ripetere coi medesimi mezzi le indagini che sono prescritte per la dichiarazione dell'assenza. Insegnarono quindi che *la sentenza d'immissione definitiva in possesso non può essere pronunciata che dopo nuove informazioni assunte in contraddittorio del ministero pubblico;* od al più temperarono alquanto codesta proposizione così assoluta col dire che " il tribunale, avanti cui la domanda è proposta, non può " ammetterla, se non sia accertata la continuazione del- " l'assenza, e per assicurarsi di questo fatto, *deve, in gene-* " *rale, ordinare una nuova inchiesta*, che sarà fatta in " contraddittorio del procuratore imperiale „ (1).

Ad altri però parve — e con miglior fondamento, secondo

(1) V. DURANTON, t. I, n. 205; ZACHARIAE, t. I, § 156 in fine; AUBRY e RAU, t. I, § 156, n. 3.

l'avviso nostro — che per la pronunzia della immissione definitiva non essendo espressamente comandati dalla legge quei mezzi d'informazione che sono prescritti per la dichiarazione di assenza, non sia da considerarsi come obbligatorio, ma solo come facoltativo al tribunale, in caso di dubbio e sulla istanza del pubblico ministero, l'ordinare nuove informazioni (1). Certamente, quando non si faccia contestazione, nè dalle circostanze sorga dubbio di sorta intorno alla continuazione dell'assenza, riuscirebbe a mera perdita di tempo e di spesa l'ordinare che si assumessero nuove informazioni. Ma qualora si presentassero ragioni di dubitare che non avessero continuato a sussistere tutti gli elementi costitutivi dell'assenza, e che, per esempio, gli stessi possessori provvisionali dei beni dell'assente, che ne chiedessero il possesso definitivo, avessero tenute segrete le notizie che dell'assente si fossero avute, sarebbe caso che il tribunale, usando prudentemente della facoltà che non gli è negata dalla legge, ordinasse l'assunzione di nuove informazioni. Questo provvedimento, che in tali circostanze sarebbe voluto dalla grave importanza che possono avere per l'assente gli effetti della invocata immissione definitiva in possesso, somministrerebbe coi suoi risultamenti al tribunale gli elementi per pronunciare con piena cognizione del vero stato delle cose la propria decisione, ed ammettere o negare la immissione predetta.

D

Degli effetti della immissione nel possesso definitivo.

---

(1) V. Proudhon et Valette, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, c. XX, s. 5, p. 327, n^{a} *a;* Marcadé, art. 129, § III, t. I, n. 429; Demolombe, t. II, n. 149; Laurent, t. II, n. 224.

della immissione definitiva in ordine agli altri rapporti esistenti tra i possessori e l'assente. — 209. Effetti della immissione definitiva nei rapporti reciproci tra i possessori. — 210. Effetti della immissione definitiva nei rapporti coi terzi, in favore dei quali gli immessi in possesso facciano atti di disposizione dei beni dell'assente. — 211. Effetti della immissione definitiva, nei rapporti trá i possessori dei beni ed i creditori dell'assente.

206. — La determinazione dei principii fondamentali, a cui debbono ritenersi subordinati gli effetti della immissione nel possesso definitivo dei beni dell'assente, presenta naturalmente quelle medesime difficoltà che vedemmo incontrarsi nella definizione dei veri caratteri giuridici di questo istituto (1).

Gli autori, in generale, considerano la immissione definitiva, come attribuente a coloro che la ottengono, la proprietà dei beni dell'assente; proprietà irrevocabile relativamente ai terzi, a profitto de' quali gl'immessi in possesso abbiano compiuti atti di disposizione di quei beni; revocabile invece rimpetto all'assente, pel caso ch' egli ritorni o sia provata la sua esistenza; revocabile ancora rimpetto ai veri eredi, qualora, provato il tempo della morte dell'assente, risulti che non eran chiamati a succedergli gl'immessi in possesso; ma *revocabile, in ogni caso, solamente pel futuro.*

" Per ciò che riguarda il patrimonio dell'assente — così
" dissero i signori *Aubry* e *Rau* — la immissione in pos-
" sesso definitivo produce tutti quegli effetti che sarebbero
" derivati dalla reale apertura della successione nel giorno
" della sparizione o delle ultime notizie dell'assente; salva
" solo, verificandosi il caso, la revocazione della trasmis-
" sione di proprietà operata da codesta immissione, e salve
" le conseguenze dipendenti da tale revocabilità.

" La prima parte di questa proposizione è giustificata
" dal disposto dell'art. 129, che autorizza gli aventi diritto
" a chiedere la divisione dei beni dell'assente, come se si
" trattasse d'una successione, a cui si trovassero veramente

---

(1) V. sopra, n. 199, p. 900, ss.

" chiamati. La seconda parte risulta chiaramente dall'arti-
" colo 132, che autorizza l'assente, quando si ripresenta,
" anche posteriormente alla immissione definitiva in pos-
" sesso, a riprendere i propri beni „.

" Questa teoria — soggiunse il *Laurent* — quantunque
" apparentemente contradditoria, è in fondo perfettamente
" logica; è il principio della *proprietà revocabile, ma revo-*
" *cabile senza retroattività. L'interesse pubblico richiede che*
" *gl'immessi in possesso siano proprietari a fronte dei terzi;*
" ma il diritto dell'assente non permette che siano pro-
" prietari rimpetto a lui. Essi sono sempre proprietari fino
" a quando non ricomparisca l'assente; al momento del
" ritorno di lui, il diritto di codesti proprietari è revocato,
" ma solamente per l'avvenire „ (1).

Esponemmo già, nel luogo sopra rammentato, le obbiezioni che ci parvero opponibili a codesta teoria, e dimostrammo le ragioni per le quali, a nostro avviso, sarebbe preferibile attenersi al più semplice concetto risultante dai termini stessi della legge; la quale, anche in questo ultimo stadio dell'assenza dichiarata, parla sempre *d'immissione in possesso*, sebbene qualifichi questo come definitivo, ma non parla mai di *diritto di proprietà*, che sia conferito ai presunti eredi dell'assente. E veramente quest'ultima idea sarebbe inesplicabile in diritto, poichè per poterla ammettere sarebbe necessario supporre aperta la successione dell'assente, il quale aprimento non potrà dirsi verificato se non quando sia provata l'avvenuta morte di lui (art. 41, codice civile).

Ma pure — si osserva — la legge autorizza coloro che sono immessi definitivamente in possesso *a procedere a divisioni definitive*, come se si trattasse d'una successione a cui si trovassero veramente chiamati! Così infatti era

---

(1) V. Toullier, t. I, n. 447; Delvincourt, l. I, t. V, c. II; Proudhon, t. I, c. XX, s. V, in fine; Duranton, t. I, n. 502; Zachariae, Aubry e Rau, t. I, § 157, nᵉ 1, 2, 3; Marcadé, art. 129, § I, t. I, n. 427; Demolombe, t. II, n. 151; Laurent, t. II, n. 225.

disposto nell'art. 129 del codice Francese; ed altrettanto è detto nell'art. 37 del codice nostro. Ma il farsi luogo a *divisioni definitive*, come è definitivo il possesso accordato ai presunti eredi dell'assente, non implica necessariamente che si divida fra loro la proprietà di quei beni. Essi ne hanno soltanto *un possesso*, il quale però, per l'indole sua specialissima, e per disposizione eccezionalmente favorevole della legge, attribuisce ai possessori l'esercizio di diritti simili a quelli della proprietà, fino ad avere la *facoltà di disporre dei beni liberamente* (detto art. 37, cod. civile), quantunque di essi non possano ancora dirsi veramente proprietari. Ora è appunto *per l'esercizio di questi diritti*, tra i quali quello di disposizione, è per determinare i beni che debbono formarne oggetto per ciascuno dei presunti eredi dell'assente, dai quali fu ottenuta l'immissione definitiva in possesso, che viene ammesso potersi fra loro procedere a divisioni parimenti definitive.

" L'interesse pubblico — si aggiunge — richiede che gli immessi in possesso *siano proprietari a fronte dei terzi!* „. Ma è veramente esatto questo concetto? L'interesse pubblico consigliava certamente a non prolungare di più, dopo trent'anni di esercizio del possesso provvisionale, o dopo cento anni dalla nascita dell'assente, quella condizione di incertezza, d'instabilità, che accompagna l'immissione temporanea; consigliava a dare un governo più fermo e più regolare ai beni; consigliava a restituirli al libero commercio. Ma era per ciò necessario investire della proprietà i possessori rimpetto ai terzi? Evidentemente bastava conferire a quelli, come speciale attributo del possesso ad essi accordato, la facoltà di disporre liberamente dei beni, perchè gli atti di simile disposizione legittimamente compiuti dovessero in tutti i loro effetti essere rispettati anche dal vero proprietario, dall'assente, che ricomparisse. D'altra parte è assurdo il supporre che gl'immessi in possesso definitivo *siano proprietari di fronte ai terzi*, mentre si conviene che *il diritto dell'assente non permette che siano proprietari*

rimpetto a lui. Se ciò è, la proprietà dei beni si reputa dunque appartenente tuttora all'assente; e allora, come possono i possessori *essere proprietari, di fronte ai terzi*, di beni che in diritto si ritengono ancora proprii dell'assente? A tale assurdità si tenta di rimediare, dicendo che anche rimpetto all'assente gl'immessi in possesso dei beni ne hanno una proprietà, ma *revocabile;* salvo che la revocazione, avvenibile pel ritorno, o per la prova di esistenza dell'assente stesso, avrà effetto soltanto *per l'avvenire*. Neppure codesta idea, d'una proprietà revocabile *ex nunc*, sembra però che possa ammettersi in questo caso. Supponendosi ricomparso l'assente, egli ha dunque conservato sempre il suo patrimonio, come attinente alla sua stessa personalità, ed emanante da essa. Or com'è concepibile che i beni tutti componenti quel patrimonio siano stati, durante il periodo della immissione in possesso definitivo, in proprietà di coloro che l'avevano conseguito, e che la proprietà ritorni all'assente solamente dal giorno in cui egli ricomparisca? Così vi sarebbe una persona, l'assente, che avrebbe sempre conservato il proprio patrimonio, mentre tutti i beni che lo componevano sarebbero stati per un certo periodo di tempo in proprietà altrui; e vi sarebbero altre persone, quelle immesse nel possesso definitivo, che per quel medesimo tempo avrebbero avuta la proprietà di beni facenti parte del patrimonio d'un'altra.

A noi, per verità, non riesce di comprendere una teorica che nella sua dimostrazione è costretta ad affrontare tali contraddizioni ed assurdità; e preferiamo l'idea più semplice, ma, a giudizio nostro, anche più corretta, che gli immessi in possesso, anche dopo che questo è reso definitivo, non hanno mai di fronte all'assente, e neppure di fronte ai terzi, la proprietà, sebbene revocabile dei beni dell'assente medesimo; che solo hanno su quei beni diritti e poteri simili agli attributi della vera e piena proprietà, i quali emanano per virtù di legge in loro favore da quella istituzione d'indole specialissima, che è la immissione in

possesso dei beni dell'assente. Di tali diritti e poteri ben si comprende come siano *revocabili irretroattivamente* dal giorno in cui l'assente ricomparisca o se ne abbiano notizie; rimanendo quindi legittimi e perfettamente efficaci tutti gli atti, compiuti nell'esercizio di essi dai possessori, anteriormente a quel giorno, e rimanendo all'opposto inefficaci quelli di tempo posteriore.

Qualche autore censurò come impropria ed ingannevole la denominazione *d'immissione definitiva;* osservando che tale esso non è mai, nè verso l'assente, nè verso i suoi discendenti, ma solo *a riguardo dei terzi, coi quali gl'immessi in possesso contrattino ed a profitto dei quali possono validamente alienare* (1).

Altri rammentarono che nel progetto del codice civile francese gl'immessi in possesso definitivo erano dichiarati proprietari *incommutabili* dei beni dell'assente, anche verso lui stesso se ritornasse; e solo venivano obbligati a restituirli ai figli dell'assente medesimo, qualora al tempo della provata morte di lui fossero questi minori di età. E dissero, che sebbene questo sistema estremamente duro non fosse poi stato accolto nel codice, ne era forse una reminiscenza l'essersi qualificata *definitiva* l'immissione in possesso; che, del resto, la denominazione di *possesso definitivo* poteva ancora essere giustificata, in quanto che si trattava dell'ultimo stadio della immissione in possesso, ed a coloro che l'avevano ottenuta era fatta quella posizione, che non doveva mutarsi più se l'assenza continuasse; che definitivo era infatti il possesso conferito ai presunti eredi, in riguardo ai terzi, ai quali essi potevano trasferire diritti incommutabili sui beni dell'assente (2).

Qualora si riconoscano accettabili le idee da noi propugnate in questa materia, è certo che le giustificazioni di *definitiva*, data in quest'ultimo stadio alla immissione in

---

(1) V. Valette *sur* Proudhon, t. I, c. XX, s. V, p. 325, n° *a*.
(2) V. Demolombe, t. II, n. 151; Laurent, t. II, n. 225.

possesso, non potrebb'essere intesa nel senso, che coloro dai quali sia stata ottenuta, divengano *proprietari incommutabili* dei beni dell'assente; chè anzi, a nostro modo di vedere, neppure hanno su questi beni un vero diritto di proprietà. Ma essendo stata distinta l'immissione in possesso in due periodi subalterni, nell'uno dei quali i diritti dei successori sono limitati all'amministrazione ed al godimento, nell'altro si estendono anche alla disposizione dei beni lasciati dall'assente, è abbastanza giustificato da ciò che il primo periodo sia stato denominato *d'immissione provvisoria*, il secondo *d'immissione definitiva*, poichè quest'ultimo comprende tutto quel più di diritti, che dalla immissione in possesso possono derivare secondo la legge.

207. — Pronunziata che sia l'immissione in possesso definitivo, devono cessare necessariamente tutte quelle garanzie e cautele conservatorie, che a termine di legge hanno ad essere state attuate nel precedente periodo dell'assenza, in forza dell'indole puramente temporanea di esso. Quelle garanzie e cautele hanno per iscopo, come abbiamo veduto, di accertare la consistenza del patrimonio dell'assente, e di assicurare la conservazione dei beni che lo compongono, e la eventuale loro restituzione all'assente od a chi legittimamente lo rappresenti (1); e questo scopo non sussiste più dal momento che il possesso provvisorio essendosi trasmutato in definitivo, i diritti dei possessori, limitati prima alla semplice amministrazione ed al godimento dei beni lasciati dall'assente, si sono estesi a tutti gli attributi della piena proprietà, fino a poter fare liberamente atti di disposizione per qualsiasi titolo (articolo 37, codice civile), e l'assente stesso — dato che ritorni o sia provata la sua esistenza — o coloro che provino d'esserne i veri eredi, ricuperano bensì quel patrimonio, ma *nello stato in cui si trova*, senza poter rivendicare i beni che siano stati alienati,

---

(1) V. sopra, n. 174, p. 715.

nè conseguirne il corrispettivo, se non quando il prezzo ne sia tuttora dovuto, o sia stato investito in altri beni tuttora esistenti presso i possessori (articoli 39, 41, codice civile), e senza quindi poter richiedere agl'immessi nel possesso definitivo il rendiconto della loro gestione. In tale stato di cose, a che giova più *l'inventario*, quando l'assente che ritorni, o chi per lui, non ricupera il patrimonio quale era al tempo nel quale l'inventario fu formato, ma *nello stato in cui si trova attualmente*, senza poter chiedere risarcimento di sorta per quanto sia venuto per qualunque causa a mancare? E quali effetti possono più avere i decreti del tribunale relativi alla vendita dei mobili dell'assente, ordinata quando facevasi luogo all'immissione in possesso temporaneo, dappoichè cangiato questo in definitivo, chi l'ottenne ha piena libertà di disporre di tutti i beni mobili od immobili dell'assente come gli aggradi? E quale oggetto può avere ancora la cauzione, o qualsiasi altra cautela che in supplemento sia stata dal tribunale ordinata per la immissione provvisoria, mentre i possessori non sono oramai più semplici amministratori, e in virtù delle facoltà di libera disposizione dei beni ad essi attribuite, non hanno verso l'assente o chi lo rappresenti responsabilità veruna della loro gestione? Conseguenza di queste riflessioni dovrebb'essere la cessazione *ipso jure* di tutte le garanzie e cautele conservatorie imposte agl'immessi nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, dal momento in cui questo possesso si cangi in definitivo per formale pronunzia emanata dal tribunale sulla istanza delle parti interessate. E ciò non può infatti ammetter dubbio, per quanto riguarda l'inventario, e l'ordinata vendita dei beni immobili dell'assente. Merita però attenzione il rilievo sopra avvertito, che solo dal giorno in cui sia stata dal tribunale pronunciata l'immissione definitiva in possesso, può datare la cessazione di quelle garanzie e cautele conservatorie. La semplice scadenza dei trent'anni dopo la immissione nel possesso temporaneo, o dei cento anni dalla nascita dell'assente, le cui ultime no-

tizie risalgono almeno a tre anni addietro, non basterebbe a produrre il medesimo effetto; poichè frattanto, finchè il tribunale non abbia dichiarata definitiva l'immissione in possesso, essa continua ad essere provvisoria, colle stesse limitazioni di facoltà dei possessori, colla stessa responsabilità di loro verso l'assente pel caso che ritorni, o verso chi lo rappresenti legittimamente; nè quindi vi è motivo di ritenere cessate in questo intervallo le garanzie e cautele conservatorie della legge stabilite per la immissione temporanea. Tuttavia, per ciò che concerne la cauzione, i commentatori del codice francese erano quasi tutti d'accordo nell'insegnare che “ le cauzioni prestate dagli im-“ messi nel possesso provvisionale sono *liberate di pien* “ *diritto, dal giorno in cui l'immissione in possesso definitivo* “ *può essere domandata* „ (1).

Questa opinione era invero appoggiata al testo stesso della legge; poichè nell'art. 129 del codice Francese era detto: “ *Se l'assenza sarà continuata per lo spazio di trenta* “ *anni* dopo la provvisionale immissione in possesso....... “ oppure *quando siano trascorsi cent'anni* compiti dalla na-“ scita dell'assente, *le cauzioni resteranno disciolte* „. Inoltre gli autori predetti osservavano, che il far dipendere la liberazione dei fideiussori dall'immissione in possesso definitivo, ch'essi non avrebbero potuto provocare per mancanza di qualità, non sarebbe stato equo, ancorchè avesse potuto parere più conforme al rigore dei principii di diritto: ed era quindi giustificata la disposizione della legge, in virtù della quale erano dichiarate sciolte le cauzioni fin *dal giorno in cui fosse stata proponibile l'istanza per la definitiva immissione in possesso.*

Nondimeno ebbe pure qualche autorevole propugnatore l'opinione contraria, che solo dalla formale pronunzia del-

---

(1) V. Duranton, t. I, n. 501; De Moly, *Traité des absents*, n. 406-408; Plasman, *Code et traité des absents*, t. I, n. 241-245; Marcadé, art. 129, § II, t. I, n. 428; Demolombe, t. II, n. 160; Aubry e Rau, t. I, § 156, nª 4; Laurent, t. II, n. 229.

l'immissione in possesso definitivo dovesse datare la liberazione delle cauzioni; perchè fino a quel tempo continuando la gestione provvisoria, e la relativa responsabilità dei possessori verso l'assente od i suoi eredi, non potevano dunque ritenersene cessate le garanzie (1).

Il legislatore italiano, non solo non ammise che le cauzioni restino sciolte di pien diritto dal giorno in cui l'immissione in possesso definitivo *può essere domandata* – cioè dal giorno in cui sia compiuto il trentennio dopo la immissione nel possesso temporario, oppure da quello in cui siano finiti i cento anni dalla nascita dell'assente, le cui ultime notizie risalgono a non meno di tre anni addietro — ma nemmeno ritenne sufficiente la dichiarazione giudiziale della immissione definitiva, avendo espressamente richiesto nell'art. 36 del codice civile che il tribunale, nello stesso decreto con cui pronuncia tale immissione, *dichiari sciolte le cauzioni, e cessate le altre cautele che fossero state imposte.* Ma dunque cotesta dichiarazione formale sarà da riguardarsi come condizione indispensabile per la liberazione delle cauzioni, di guisa che, se mai fosse stato ommesso dal tribunale di pronunziarle, dovessero le cauzioni medesime ritenersi ancora vincolate? Non sembra che dalla disposizione del predetto articolo 36 possa dedursi una tale conclusione. Certamente, fino a quando non sia stata effettivamente pronunciata dal tribunale la immissione in possesso definitivo, sebbene i requisiti di legge per poterla domandare già si siano verificati, non è possibile riguardare come liberate le cauzioni, per la stessa ragione per cui dicemmo sopra non cessare le altre cautele stabilite dalla legge per la immissione temporanea in possesso; perchè, cioè, questa continua fino al momento in cui le subentra l'immissione definitiva, e mantenendosi quindi gli stessi limiti di facoltà, e la stessa responsabilità dei possessori, è conseguente che debbano pure essere mantenute

(1) V. Zachariae, t. I, § 157, 1, nª 1; Valette *sur* Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, c. XX, s. V, p. 326, nª *a*.

le medesime garanzie per questa responsabilità. La massima contraria, professata, come vedemmo, dal più grande numero degli autori francesi, si fondava sulla disposizione testuale dell'articolo 129 del codice Napoleone, da cui differisce sostanzialmente quella dell'art. 36 del codice nostro: e la considerazione addotta dai predetti autori, che non sia equo tener vincolati i fideiussori per l'ommissione dei possessori temporanei di chiedere quella immissione definitiva alla quale avrebbero diritto, non ha poi tutto quel valore che a primo aspetto può apparire; poichè essendosi i fideiussori volontariamente assoggettati a garantire per l'amministrazione degl'immessi in possesso temporaneo, non è punto contrario all'equità il ritenere continuatire la loro obbligazione accessoria per tutto il tempo durante il quale l'immissione in possesso conservi il carattere e gli effetti di temporanea, non ostante che i principali obbligati, gl'immessi in possesso, avessero potuto più presto conseguire la immissione definitiva.

Ma quando questa è stata formalmente pronunciata, e l'immissione temporanea ha quindi cessato di esistere, e le è subentrato uno stato nuovo di cose, nel quale i possessori non sono più riguardati come semplici amministratori dei beni dell'assente, ma esercitano sovr'essi diritti simili a quelli del proprietario, nè sono più tenuti a restituire all'assente che ritorni, od a chi per lui, altri beni fuor di quelli che rimangono, e nello stato in cui si trovino, nè sono tenuti a rendere alcun conto della loro gestione, è evidente la impossibilità che rimangano vive le cauzioni, le quali mancherebbero di oggetto.

La legge infatti, quantunque esiga che il tribunale pronunci con dichiarazione espressa lo scioglimento delle cauzioni e la cessazione delle altre cautele, che siano state ordinate per la immissione temporanea, non lascia intorno a ciò una facoltà, ma dispone in modo imperativo che il tribunale, nel pronunciare la immissione in possesso definitivo, " *dichiara sciolte le cauzioni e cessate le altre cautele*

“ *che fossero state imposte* „. Ma qual'è allora il motivo per cui si è voluta una pronunzia formale intorno a ciò che in nessun caso potrebbe mai esser negato? Non sarebbe stato più congruo lasciare che per sola virtù di legge si operasse questo effetto dello scioglimento delle cauzioni, in seguito alla immissione in possesso definitivo pronunziata dal tribunale? A questo dubbio rispondono indirettamente, ma sufficientemente, alcune riflessioni fatte dalla Commissione Senatoria in proposito della modificazione da essa proposta all'art. 37 del progetto Ministeriale, nel quale si stabiliva che quando fosse continuata l'assenza per certo tempo dopo la *immissione nel possesso temporaneo, questo si cangiasse di diritto in definitivo.* “ La Commissione — così dicevasi nella “ relazione — non ha potuto non riconoscere la necessità, “ od almeno la somma convenienza, che preceda una co- “ gnizione di causa ed un decreto del giudice alla immis- “ sione nel possesso definitivo.

“ Di troppa importanza è questo atto per le sue conse- “ guenze sopra il patrimonio dell'assente, per abbando- “ narlo alla sola azione delle parti interessate.

“ *Il possesso definitivo scioglie le cauzioni ed altre cautele* “ *prestate dai possessori temporanei*, fa cessare ogni vigi- “ lanza di amministrazione ed ogni dipendenza di essa dal- “ l'autorità giudiziaria, autorizza le divisioni definitive e le “ libere alienazioni dei beni dell'assente. Come mai tutto “ ciò si potrebbe operare, senza pericoli più o meno gravi, “ per la semplice volontà delle parti? *Non sarebb'egli irre-* “ *golare lo sciogliere atti ordinati dai tribunali, e compiuti* “ *sotto la loro ispezione, senza il loro intervento? Se si fossero* “ *prestate cautele ipotecarie, come si potrebbero cancellare le* “ *iscrizioni delle ipoteche senza un decreto giudiziale?* „ (1).

Da ciò si appalesa chiaro l'intendimento degli autori della legge. Si riconobbe che la immissione in possesso definitivo doveva per sè stessa avere per effetto neces-

(1) V. Relazione Senatoria, p. 20.

sario lo scioglimento delle cauzioni e delle altre cautele imposte per la immissione in possesso temporaneo. E nondimeno si ritenne di somma convenienza l'imporre che tale scioglimento, non meno che la stessa immissione in possesso definitivo, dovesse essere formalmente pronunziato dal tribunale, acciocchè atti emanati da esso non perdessero efficacia indipendentemente dall'autorità sua, e nel decreto contenente quella pronunzia si avesse un titolo, producendo il quale si potesse ottenere sui pubblici libri la radiazione delle iscrizioni che vi fossero state prese per le prestate cauzioni (art. 2036, cod. civ.). È manifesto pertanto che la formale dichiarazione di scioglimento delle cauzioni, nel decreto con cui è pronunziata la immissione in possesso definitivo, non costituisce una condizione indispensabile affinchè abbia luogo quello scioglimento, il quale deriva come conseguenza indeclinabile dalla stessa pronunzia d'immissione definitiva; ma è semplicemente una formalità stabilita a scopo di una maggiore regolarità, e per somministrare il titolo necessario in qualche caso per dare esecuzione allo stesso scioglimento della cauzione. Conseguentemente, se anche il tribunale, pronunziando la immissione in possesso definitivo, avesse ommesso di dichiarare collo stesso decreto sciolte le cauzioni e le altre cautele che fossero state imposte per la immissione in possesso temporaneo, nondimeno nè quelle cauzioni avrebbero più alcun effetto, nè queste cautele alcuna esecuzione, cominciando dal giorno in cui la immissione definitiva fosse stata pronunciata (1).

Lo scioglimento delle cauzioni, dopo pronunciata la immissione nel possesso definitivo, ha effetto non solamente per l'avvenire, ma eziandio pel passato. Non sembra che questa massima possa incontrare gravi difficoltà nel diritto nostro. Essa è conforme, innanzi tutto, alla espressione letterale dell'art. 36 del codice civile, nel quale s'ingiunge

(1) V. Borsari, *Commentario*, art. 36, vol. I, § 170, *B*, p. 246; Pacifici-Mazzoni, *Istit.*, 3ª ediz., vol. II, n. 109, p. 187.

al tribunale, che pronunzia l'immissione definitiva, di *dichiarare sciolte le canzioni; sciolte*, vale a dire liberate definitivamente e completamente da qualsiasi vincolo; tanto dunque per gli atti che facciano gl'immessi in possesso dopo che questo è reso definitivo, quanto per l'amministrazione da essi esercitata anteriormente, durante l'immissione temporanea. Nè poi di fronte a questo, che è il senso naturale del testo, può trovarsi in contraddizione la ragione della legge. Secondo il codice italiano, lo scioglimento delle cauzioni non si verifica fino dal giorno in cui per la scadenza del tempo prefisso dalla legge potrebb'essere domandata la immissione nel possesso definitivo — com'era opinione del maggior numero degli autori francesi — ma solo dalla data del decreto, che colla pronunzia della immissione definitiva deve contenere la contemporanea dichiarazione di tale scioglimento delle cauzioni. Ora, da quel giorno in poi, essendo lecito ai possessori di disporre liberamente in qualunque modo dei beni lasciati dall'assente, venderli, donarli, dissiparli anche, senza incorrere in veruna responsabilità verso l'assente stesso, pel caso pure che ritorni, o verso chi lo rappresenti — poichè egli deve contentarsi di riprendere il proprio patrimonio *nello stato in cui si trova* (art. 39, codice civile) — sarebbe assurdo che l'assente predetto, od il suo rappresentante, potesse nondimeno chiedere ancora conto ai possessori definitivi, dell'amministrazione da essi esercitata mentre il loro possesso era semplicemente temporaneo, ed esigere indennità per colpe ch'essi avessero commesse nella gestione di beni, che dopo conseguita l'immissione definitiva avrebbe potuto disperdere senza incorrere responsabilità alcuna. Crediamo perciò essere stato giustamente detto che “ dopo l'immissione in possesso definitivo, l'am-“ ministrazione anteriore dei possessori, quella ch'ebbe “ luogo durante l'immissione provvisoria, *non può più essere* “ *criticata* „ (1).

(1) V. Marcadé, art. 129, § 2, t. I, n. 428.

Nondimeno ad una tal massima furono opposte gravi obbiezioni da un altro autore.

" Senza dubbio — questi ha detto — dopo l'immissione " definitiva i possessori sono considerati come proprietari " rimpetto ai terzi, e quantunque non lo siano in riguardo " all'assente, la loro amministrazione non può più essere " criticata. Ma ciò non toglie che durante il trentennio " della immissione provvisoria essi siano stati semplici " depositari ed amministratori responsabili. E se per loro " mala gestione essi abbiano incorsa la responsabilità che " pesa su di loro, l'assente avrà un'azione. Questa non può " più forse essere esercitata dopo l'immissione definitiva? " Noi cerchiamo invano un motivo giuridico, che impedisca " all'assente di agire, per tutto quel tempo durante il quale " la sua azione non sia ancora prescritta „ (1).

Ma il motivo giuridico, che l'illustre autore affermava non potersi trovare, ci sembra invece molto palese. Dopo la immissione nel possesso definitivo la legge non riconosce a favore dell'assente, che ritorni, o di cui sia provata l'esistenza, od a favore dei veri eredi di lui secondo il tempo in cui sia provato esserne avvenuta la morte, altro diritto che quello di *ricuperare i beni nello stato in cui si trovano.* Così era detto nel codice Francese (art. 130, 132); così è detto pure nel codice Italiano (art. 39, 41). Nessun'altra azione può dunque competere all'assente, od ai suoi rappresentanti, contro gl'immessi nel possesso definitivo; e segnatamente non può competergli azione per indennità a cagione dello stato deteriore in cui si trovino i beni, a confronto di quello in cui avrebbero dovuto essere conservati usando la diligenza di buon padre di famiglia. La circostanza che le colpe, dalle quali siano derivati deterioramenti nel patrimonio dell'assente, siano state commesse durante il possesso temporaneo, anzichè dopo l'immissione definitiva, non può influire per mantenere a profitto del-

(1) V. Laurent, t. II, n. 230, p. 295.

l'assente l'esercibilità d'un'azione per risarcimento, che non è più ammessa nella stadio della immissione in possesso definitivo. D'altronde il negargli codesta azione quando è scorso così lungo tempo senza ch'egli abbia curato di dar notizie di sè, è una giusta protezione per gl'immessi in possesso definitivo, ed una pena meritata dall'assente per la sua negligenza.

La massima che lo scioglimento delle cauzioni dopo l'immissione in possesso definitivo ha effetto anche pel tempo trascorso durante l'immissione temporanea, era pure generalmente adottata dai giureconsulti francesi (1). Era però più difficile giustificarla, ritenendosi da quegli stessi autori che la liberazione delle cauzioni avesse luogo di pien diritto fin dal giorno in cui sarebbesi potuto domandare la immissione in possesso definitivo; talchè fra questo giorno e l'altro in cui tale immissione fosse effettivamente pronunciata, poteva trascorrere un periodo di tempo più o meno lungo, durante il quale le cauzioni sarebbero sciolte, quantunque l'immissione in possesso continuasse ad essere provvisoria, e continuassero pure perciò le stesse limitazioni di facoltà e la stessa responsabilità dei possessori. Si ricorreva pertanto ai principii della prescrizione; sostenendo che potessero invocarla i fideiussori degl'immessi in possesso definitivo, per difendersi contro ogni azione dell'assente o dei suoi rappresentanti, ancorchè riferibile a fatti d'amministrazione verificatisi durante il possesso temporaneo. L'argomentazione era in apparenza assai semplice. Si diceva: *l'obbligazione dei fideiussori comincia dal giorno della immissione in possesso temporaneo*, dal qual giorno devono essere decorsi trenta anni compiuti acciocchè si faccia luogo all'immissione definitiva ed al conseguente scioglimento delle cauzioni; e poichè col decorso di trenta anni si prescrivono, in generale, tutte

(1) V. Duranton, t. I, n. 502; Marcadé, art. 129, § 2, t. I, n. 428; Demolombe, t. II, n. 161; Aubry e Rau, t. I, § 156, nª 5.

le azioni, anche quella spettante all'assente, od a chi lo rappresenta, contro i fideiussori degl'immessi in possesso, deve dunque trovarsi estinta allorchè le cauzioni si disciolgono per essere giunto il tempo in cui può essere chiesta l'immissione in possesso definitivo. Ma questo ragionamento era difettoso nella premessa, che supponeva nate tutte le azioni dell'assente contro i fideiussori degli immessi in possesso fin dal giorno della immissione temporanea. Come osservava giustamente, a nostro avviso, un altro autore " non può esservi azione contro i fideiussori, " se non quando gl'immessi in possesso, abbiano per loro " colpa cagionato un danno all'assente; è solo da questo " momento che nasce l'azione, sia contro i possessori, sia " contro le cauzioni. È dunque possibile che l'azione nasca " solo durante il trentesimo anno dopo l'immissione provvisoria. Secondo l'opinione comune, quell'azione rimar" rebbe prescritta al momento stesso della sua nascita. " Ma ciò non può ammettersi „ (1).

Appunto perciò pare anche a noi che alla massima, del doversi lo scioglimento delle cauzioni retrotrarre al tempo della immissione temporanea in possesso, fosse dato dagli autori francesi un fondamento erroneo. Ma reputiamo nel tempo stesso che la massima predetta sia pienamente giustificata nel diritto nostro per le ragioni già esposte, in dipendenza della considerazione che secondo il codice Italiano le cauzioni prestate per la immissione in possesso temporaneo non possono reputarsi ed essere dichiarate sciolte prima del giorno in cui sia effettivamente pronunciata dal tribunale la immissione in possesso definitivo.

La liberazione delle cauzioni non potrebbe avere effetto qualora venisse scoperto che prima della immissione in possesso definitivo l'assente avesse date proprie notizie, le quali fossero state fraudolentemente occultate dai possessori dei di lui beni; perchè costoro dovrebbero natural-

(1) V. Laurent, t. II, n. 230.

mente in tal caso rimanere soggetti a tutte le loro obbligazioni come possessori temporanei, nè quindi potrebbesi ammettere lo scioglimento delle cauzioni (1). I fideiussori però non rimarrebbero obbligati per le conseguenze degli atti che fossero stati fatti, non nella qualità di possessori provvisionali e durante quel primo periodo dell'assenza dichiarata, ma dopo pronunziata la immissione in possesso definitivo; eccetto che i fideiussori medesimi fossero partecipi della frode, colla quale, tenendo occulte le notizie avute dall'assente, si fosse riuscito a far dichiarare la immissione definitiva. Supposto infatti che i fideiussori non abbiano avuta parte in quella frode, è indubitabile che la loro obbligazione accessoria non può eccedere i limiti nei quali era stata contratta; limiti definiti dalla qualità puramente temporanea del possesso, e dalle garanzie che offrivano le disposizioni di legge determinanti le facoltà dei possessori provvisionali. Sarebbe manifestamente contrario ad ogni previsione dei fideiussori e ad ogni giustizia il tenerli obbligati a rispondere degli atti fatti dai possessori dopo che per la immissione definitiva, quantunque indebitamente ottenuta, essi erano in fatto svincolati da qualunque vigilanza di amministrazione, da qualunque dipendenza dall'autorità giudiziaria, e dopo che i fideiussori medesimi dovevano in buona fede ritenersi sciolti da qualunque obbligazione dipendente dalla prestata cauzione.

Ma se all'opposto i fideiussori fossero stati partecipi della frode, non potrebbero invocare la immissione in possesso definitivo, che ne sarebbe stata la conseguenza, allo scopo di tenersi disobbligati dal rispondere degli atti dei possessori pei quali avevano guarantito. Vi osterebbe il principio generale di diritto proclamato nell'articolo 1151 del codice civile; poichè dal fatto loro doloso sarebbe derivato quel danno, del quale l'assente o chi lo rappresenta chiederebbe loro a titolo di fideiussione il risarcimento.

---

(1) V. Marcadé, art. 129, § 2, t. I, n. 423.

208. — Oltre allo scioglimento delle cauzioni ed alla cessazione delle altre cautele che siano state imposte nella immissione in possesso temporaneo, la immissione in possesso definitivo produce altri effetti, che sono determinati nell'art. 37 colla seguente disposizione:

“ Pronunziata l'immissione nel possesso definitivo, cessa “ pure ogni vigilanza di amministrazione e ogni dipen- “ denza dall'autorità giudiziaria, e coloro che ottennero la “ immissione nel possesso temporaneo, od i loro eredi e “ successori, possono procedere a divisioni definitive e “ disporre dei beni liberamente „. La facoltà di libera disposizione dei beni influisce, com'è evidente, tanto sui rapporti fra i possessori e l'assente, quanto su quelli tra i possessori e le terze persone in favore delle quali essi facciano gli atti di disposizione; e dovremo quindi occuparcene, oltrechè in questo numero, anche nell'altro in cui tratteremo degli effetti della immissione definitiva in relazione ai terzi. Ciò che riguarda la formazione delle divisioni definitive, ha invece per oggetto i soli rapporti reciproci tra gli immessi in possesso; e sarà argomento da riserbarsi al numero seguente.

Limitandoci ora ai rapporti tra l'assente e gl'immessi in possesso definitivo dei di lui beni, l'art. 37 ci dice che, pronunziata codesta immissione, *cessa ogni vigilanza di amministrazione*. Ma qual senso devesi attribuire a queste parole, dappoichè nelle disposizioni degli articoli 26 al 35, relativi all'immissione in possesso temporaneo, non troviamo organizzato veramente un sistema di vigilanza sull'amministrazione dei possessori? Vi sono bensì determinati i diritti ad essi spettanti, gli atti che possono fare liberamente, e quelli pei quali occorre l'autorizzazione giudiziale; ma non vi è pàrola che accenni ad ingerenza che altri possa esercitare sulla gestione, sorvegliando affinchè gl'immessi in possesso non eccedano i limiti dei poteri ad essi attribuiti dalla legge, e richiamandoli all'osservanza di questi ogni qualvolta la trasgredissero. Nondimeno quelle parole

scritte nella legge dovendo pur avere un significato, non sapremmo assegnarne altro all'infuori di questo; che dal giorno in cui è pronunziata l'immissione definitiva, l'amministrazione dei possessori è affatto libera, al pari di quella del pieno proprietario, fino a potere usare *ed abusare* delle cose amministrate, senzachè ad alcuno, per quanto potesse allegarne un legittimo interesse, sia lecito di criticare la loro gestione. Ciò infatti è perfettamente conforme al concetto fondamentale, adottato dal legislatore, che gli immessi in possesso abbiano sui beni dell'assente poteri simili a quelli della piena proprietà, compresa anche la libera disposizione dei beni medesimi. L'assente stesso, che ritornasse, non potrebbe avere azione contro gl'immessi in possesso definitivo per tenerli responsabili di qualsiasi colpa ancorchè *lata*, che avessero commesso nella loro gestione; ed anzi vedemmo nel numero precedente doversi questa massima estendere, dopo pronunziata l'immissione definitiva, anche all'amministrazione anteriore durante il possesso meramente temporaneo. Tanto meno, pertanto, mentre l'assenza dura ancora, sebbene siasi nello stadio del possesso definitivo, potrebb'essere lecito ad altri — per esempio al procuratore che l'assente avesse lasciato, od ai creditori chirografari dell'assente medesimo — di criticare la gestione esercitata dai possessori definitivi, invocando contro di loro dall'autorità giudiziaria provvedimenti limitativi di quella piena facoltà, che è loro attribuita dalla legge sì nell'amministrare, che nel disporre liberamente dei beni dall'assente lasciati.

Si comprende poi agevolmente ciò che il legislatore volle esprimere dicendo che *cessa ogni dipendenza dall'autorità giudiziaria*. Gli atti di alienazione, di costituzione d'ipoteca, e tutti gli altri eccedenti la semplice amministrazione, i quali durante il possesso temporaneo non potevano farsi — secondo l'art. 29, § 2° — se non coll'autorizzazione giudiziale, dal giorno in cui è pronunziata la immissione nel possesso definitivo non hanno più bisogno di autorizzazione

alcuna. E ciò concorda coll'ultima parte dello stesso articolo 37, dov'è detto che dopo l'immissione definitiva i possessori *dispongono dei beni liberamente*. La generalità di questa espressione della legge non permette distinzioni fra i diversi titoli di disposizione; ond'è che i possessori definitivi hanno facoltà non solo di alienare a titolo oneroso i beni mobili od immobili dell'assente, ma eziandio di disporne a titolo gratuito, di farne oggetto di donazioni. Nè l'assente che ritornasse avrebbe — almeno in via di regola generale — alcun diritto di reclamare da coloro, ai quali era stato dato il possesso definitivo dei suoi beni, una indennità corrispondente al valore di quelli che avessero donati ad altri. Ma di ciò riserbiamo di parlare in sede più opportuna, trattando della cessazione dell'assenza e dei diritti esercibili in tal caso dall'assente ricomparso, contro chi ne ha posseduti i beni.

La pronunzia della immissione in possesso definitivo produce inoltre — quantunque ciò non sia espresso nell'articolo 37 — un altro effetto, del quale già avemmo incidentemente occasione di far cenno; cioè, che tutte le rendite percette sui beni dell'assente, cominciando dal giorno da cui parte la presunzione di assenza, appartengono ormai definitivamente agl'immessi in possesso, senz'alcun obbligo di restituzione all'assente che ricomparisca, od a chi lo rappresenti (1). Questa massima, concordemente affermata da parecchi autori (2) e da nessuno contraddetta, non ci sembra che possa dar luogo a gravi difficoltà, quantunque in nessun testo di legge si trovi espressa.

Nessun dubbio può esservi pel caso che la immissione in possesso definitivo sia stata pronunciata per essere trascorsi trent'anni dopo la immissione nel possesso temporaneo; poichè il decorso di trent'anni, partendo dal giorno stesso nel quale è cominciata la presunzione di assenza,

---

(1) V. sopra, n. 196, p. 887-888.
(2) V. Demolombe, t. II, n. 126, 163; Aubry e Rau, t. I, § 157, nª 7; Laurent, t. II, n. 194.

basta, secondo il disposto dell'ultimo paragrafo dell'art. 31, per attribuire agl'immessi in possesso — quand'anche questo non sia ancora stato dichiarato definitivo — il diritto alla totalità della rendita, siano poi esse state percette dopo compiuto il trentennio, o nel corso di esso, ma dopo l'immissione in possesso provvisorio, od anche nell'intervallo anteriore, succeduto al cominciamento della presunzione di assenza (1).

Quand'anche poi la immissione definitiva fosse stata pronunciata per essere trascorsi cento anni dalla nascita dell'assente, le cui ultime notizie risalissero almeno a tre anni addietro, è certo che nessun obbligo potrebbe incombere ai possessori per la restituzione dell'equivalente di quelle rendite, posteriori al cominciamento della presunzione di assenza, ch'essi avessero già rivolte a proprio vantaggio. Dopo la immissione nel possesso definitivo, l'assente che ritorni, o di cui sia provata l'esistenza, non può che *ricuperare i beni nello stato in cui si trovano*, e quanto a quelli che fossero stati alienati dai possessori, non gli spetta altro diritto che di conseguirne il prezzo, se sia tuttora dovuto, o gli altri beni nei quali il prezzo sia stato investito (art. 39, cod. civile). Or se l'assente nulla potrebbe pretendere pei beni dei quali i possessori avessero disposto a loro vantaggio, come sarebbe ammissibile che potesse invocare diritti per le rendite, che i possessori stessi avessero consumate per utilità loro, mentre le rendite non sono che accessorie dei beni dai quali vengono prodotte?

Una ragione di dubitare non sarebbe dunque possibile fuorchè per quelle rendite che esistessero ancora presso i possessori al tempo del ritorno dell'assente, dopo la immissione nel possesso definitivo fondata sul trascorrimento dei cento anni dalla nascita dell'assente stesso. Si potrebbe pensare che allora gl'immessi in possesso — supposto che non fossero ancora compiti i trent'anni dal cominciamento

---

(1) V. sopra, n. 196, p. 884-887.

dell'assenza presunta, sicchè non fosse il caso di applicare la disposizione dell'ultimo paragrafo dell'art. 31 — dovessero restituire quelle rendite all'assente, come sarebbero tenuti a restituirgli i beni formanti la sostanza capitale, nello stato in cui questi si trovassero ancora presso di loro.

Crediamo nondimeno — conformemente all'opinione degli autori sopra citati — che nemmeno in tal caso abbia da farsi luogo a restituzione alcuna di rendite. A giustificazione di questa massima stanno disposizioni di legge, dalle quali essa può argomentarsi, quantunque non vi sia esplicitamente dichiarata. Innanzi tutto l'art. 31 impone *ai soli immessi nel possesso temporaneo* l'obbligazione di riservare una certa parte delle rendite a vantaggio dell'assente, pel caso ch'egli ricomparisca o ne sia provata l'esistenza prima che siano compiuti trent'anni dal giorno in cui è incominciata la presunzione di assenza. Ma nessuna disposizione di legge vi è, che estenda una simile obbligazione agl'immessi nel possesso definitivo, su qualunque accusa una tale immissione sia fondata. E l'art. 39 determina quali sono i diritti che possono competere all'assente ricomparso, o di cui sia provata l'esistenza, verso coloro che siano stati immessi nel possesso definitivo, sia per l'una o per l'altra delle cause contemplate nel precedente art. 36, e limita quei diritti a *ricuperare i beni nello stato in cui si trovano*, o a *conseguire il prezzo di quelli alienati, ove sia tuttora dovuto, o a conseguire i beni nei quali il prezzo sia stato investito;* il che tutto si riferisce manifestamente ai beni formanti sostanza capitale del patrimonio, non alle rendite che da quei beni siano state prodotte.

L'articolo 36 poi parifica il compimento dei cento anni dalla nascita dell'assente — in concorso della mancanza di notizie di lui da tre anni almeno — al compimento dei trent'anni dopo la immissione nel possesso temporaneo; ed attribuisce all'uno e all'altro di questi fatti identici effetti giuridici. Come potrebbesi dunque ammettere che pronunziata l'immissione nel possesso definitivo per la prima di

tali cause, si facesse ancora luogo a restituzione di rendite, mentre ciò sarebbe escluso qualora la stessa immissione fosse stata pronunciata per l'altra causa?

Oltre a ciò, i motivi, che, secondo l'art. 31, paragrafo ultimo, fecero attribuire agl'immessi in possesso temporaneo la totalità delle rendite dei beni dell'assente, quando siano trascorsi trent'anni dal giorno in cui è incominciata la presunzione di assenza (1), sussistono tanto maggiormente in favore di coloro che ottennero la immissione in possesso definitivo, quand'anche ciò sia avvenuto per la età più che centenaria dell'assente, senzachè fossero ancora trascorsi i trent'anni predetti. La probabilità che siasi verificata la morte dell'assente è da reputarsi ancora più grande di quanto risulterebbe dalla durata trentennale dell'assenza; dappoichè sul fondamento di quella probabilità la legge permette che i beni dell'assente siano dati in possesso definitivo ai presunti eredi di lui, accordando a questi la piena e libera disponibilità dei beni medesimi, e lasciando all'assente, in caso di suo ritorno, o di prova della sua esistenza, il solo diritto di ricuperarli nello stato in cui si trovino presso gl'immessi in possesso, senza poterli rivendicare contro i terzi a vantaggio dei quali fossero stati alienati. È dunque anche più giustificata la buona fede dei possessori nel reputare appartenenti definitivamente a loro le rendite dei beni lasciati dall'assente; e tanto meno vi sarebbe ragione per obbligare quegl'immessi nel possesso definitivo a restituire una parte delle rendite, che apparterrebbero in totalità agli stessi possessori temporanei dopo trascorsi trent'anni di assenza presunta. Supposto pure che le rendite esistessero tuttora presso quei possessori definitivi, potrebb'essere tuttavia ingiustamente dannoso per loro l'essere costretti a restituirle, mentre su quelle rendite, ritenute di loro appartenenza, avendo essi presumibilmente regolate le spese della loro famiglia, si troverebbero in ne-

(1) V. sopra, n. 196, p. 881.

cessità di sopperire per gl'impegni costrutti a detrimento della sostanza capitale del loro particolare patrimonio. I testi e i motivi della legge concorrono pertanto a dimostrare giusta la massima sopra cennata, che in nessuno dei casi d'immissione in possesso definitivo può mai farsi luogo a carico dei possessori all'obbligo di restituire una parte qualsiasi delle rendite prodotte durante l'assenza dai beni che l'assente ha lasciati.

209. — " Pronunziata l'immissione nel possesso " definitivo — così è scritto nell'art. 37 — coloro che otten- " nero l'immissione nel possesso temporaneo, od i loro eredi " e successori, *possono procedere a divisioni definitive* ".

Dimostrammo altra volta che gl'immessi in possesso non hanno reciprocamente tra loro altre relazioni giuridiche fuor di quelle dipendenti dall'essere chiamati eventualmente, come presunti coeredi, alla successione dell'assente; e però tali loro relazioni rispettive devono essere regolate colle norme proprie del diritto successorio (1). È naturale quindi, che dopo ottenuto definitivamente quel possesso, non possano essere costretti a rimanere in comunione nell'esercizio di esso, ma ciascuno dei possessori possa sempre chiedere contro gli altri la divisione de' beni dell'assente (arg. art. 681, cod. civ.), e che tale divisione abbia a seguire colle norme proprie della divisione d'eredità (articolo 984 e seg., cod. civ.).

È detto nel testo che la facoltà di procedere a divisioni, dopo pronunciata l'immissione nel possesso definitivo, spetta *a coloro che ottennero la immissione nel possesso temporaneo, od ai loro eredi e successori*. E così dev'essere certamente, almeno in via di regola generale, allorchè la immissione nel possesso definitivo sia pronunciata, giusta l'art. 36, *per essere trascorsi trent'anni dopo la immissione nel possesso temporaneo;* poichè in tal caso sono appunto

(1) V. sopra, n. 186, p. 813.

coloro dai quali era stato ottenuto e continuato pel trentennio il possesso temporaneo, o coloro ai quali nel frattempo sia stato da quelli trasmesso per qualunque titolo il diritto a tale possesso, che trasmutatolo in definitivo, possono domandare la divisione dei beni. Tuttavia neppure questa regola va immune da eccezioni; potendo avvenire che trascorso il trentennio di assenza continuata, dopo l'immissione in possesso temporaneo, altri *provando di avere avuto, al tempo da cui parte la presunzione di assenza, un diritto prevalente a quello dei possessori, escludano questi* (art. 32, cod. civ.); nel qual caso essi potrebbero senz'altro, a norma dell'art. 36, domandare l'immissione in possesso definitivo; e le successive divisioni, a cui procedessero tra loro, dei beni dell'assente, non seguirebbero dunque più *fra coloro che ottennero la immissione nel possesso temporaneo, od i loro eredi o successori.* Oltre a ciò, può pure accadere che si faccia luogo a pronunciare la immissione nel possesso definitivo per la seconda delle cause contemplate nel detto articolo 36; e qualora il compimento dei cento anni di età dell'assente si avveri *prima della immissione nel possesso temporaneo,* gli aventi diritto possono chiedere che la immissione nel possesso sia loro conceduta immediatamente in modo definitivo, purchè le ultime notizie dell'assente risalgano almeno a tre anni addietro (art. 38, cod. civ.); nella quale ipotesi pertanto le divisioni, alle quali si procedesse, seguirebbero tra persone che dei beni dell'assente non ebbero mai altro possesso che definitivo. Da ciò apparisce che forse sarebbe stato più esatto il dire: " Pronunziata " l'immissione nel possesso definitivo..... *coloro che la " ottennero,* od i loro eredi e successori, possono procedere " a divisioni definitive..... ". Ma è certo ad ogni modo, che l'essersi invece parlato di *coloro che ottennero la immissione nel possesso temporaneo* non è da riguardarsi come disposizione rigorosamente assoluta; nè esclude che vi siano casi nei quali *possano procedere a divisioni definitive* anche persone le quali non abbiano precedentemente ottenuta

quella immissione temporanea, ma siano state immediatamente immesse nel possesso definitivo dei beni dell'assente.

Del resto, ciò riguarda soltanto la maggiore o minore esattezza della forma di espressione, mentre la intenzione del legislatore non può essere dubbia. Ma ben più importante è il determinare quale sia il preciso senso di quelle parole, che si leggono nell'art. 37, che gl'immessi in possesso " possono procedere a *divisioni definitive* „ quale sia il vero carattere giuridico di esse, quali siano conseguentemente gli effetti che ne derivano.

Gli autori, in generale, riguardano queste come vere *divisioni di proprietà;* e ciò è logico, posto il principio, da essi adottato, che l'immissione in possesso definitivo operi, a favore di coloro che la ottengono, *la trasmissione della proprietà* dei beni dell'assente, salva la *revocabilità irretroattiva* pel caso che l'assente ritorni, o giungano notizie della esistenza di lui. Se, sotto questa riserva, gl'immessi in possesso sono da considerarsi come proprietari dei beni dell'assente, quali eredi suoi testamentari, o quali eredi legittimi in relazione al giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza; è conseguente che la immissione definitiva in possesso li ponga tra loro in quelle stesse condizioni reciproche, nelle quali sarebbero se nel giorno predetto si fosse realmente verificata l'apertura della successione, e che perciò possano procedere alle divisioni del patrimonio dell'assente come trasmesso definitivamente in loro proprietà per titolo successorio (1).

A questa teoria sono però opponibili quelle stesse considerazioni, per le quali ci è sembrato che anche l'immissione definitiva abbia sempre per oggetto *il solo possesso dei beni dell'assente*, quantunque a tale possesso reso definitivo vadano annessi diritti speciali, assai diversi e più importanti di quelli che sono conceduti nello stadio della im-

---

(1) V. Demolombe, t. II, n. 153; Aubry e Rau, t. I, § 157, 1°; Laurent, t. II, n. 226.

missione provvisoria; diritti assimilati in tutto a quelli della piena proprietà, estendendosi fino alla libera disponibilità dei beni, ma diritti revocabili *ipso facto et jure* — sebbene senza effetto retroattivo — pei casi che l'assente ritorni, o venga provata la sua esistenza, o provato in qual tempo ne sia avvenuta la morte, ne risulti che non gl'immessi in possesso, ma altre persone, siano i veri eredi (1).

Qualora si ammetta che questi principii siano più conformi — come ci sembrano — al testo ed allo spirito della legge, è chiaro che le *divisioni definitive*, delle quali parla l'art. 37, non saranno da riguardarsi quali *vere divisioni di proprietà*. E infatti, come sarebbe possibile che questa venisse divisa tra i presunti eredi dell'assente, mentre non è ancora provato che siasi aperta la successione di lui, mentre egli, ricomparendo da un momento all'altro, ricupererebbe immediatamente, per virtù diretta della disposizione della legge, i beni suoi come li trovasse presso gl'immessi in possesso, mentre in nessun testo il legislatore ha dichiarato che colla immissione in possesso definitivo si trasmetta a chi la ottiene la proprietà dei beni che ne formano oggetto, mentre anzi non ha parlato mai che d'immissione *in possesso* anche quando esso diviene *definitivo*, ed ha detto sempre *essere beni dell'assente* quelli sui quali tale possesso si effettua?

Le divisioni, delle quali è cenno nell'art. 37, sono qualificate dicendole *definitive*; ma ciò si spiega nel modo che già dimostrammo nel luogo ultimamente ricordato. Definitive si chiamano tali divisioni, nel medesimo senso in cui dicesi definitiva la immissione in possesso, in seguito alla quale esse avvengono. Definitiva è questa, in quanto dà luogo a tutti quei maggiori diritti che mai siano ammessi in favore dei presunti eredi dell'assente sui suoi beni, finchè non sia provato che colla morte di lui se ne sia veramente aperta la successione: definitive son quelle, in quanto si fanno per

(1) V. sopra, n. 199, p. 900-903; n. 206, p. 925-928.

determinare particolarmente gli oggetti formanti parte del patrimonio dell'assente, sui quali ciascuno dei presunti eredi di lui possa esercitare ad esclusione degli altri quei diritti speciali che dipendono dalla immissione in possesso definitivo. Sarà su quei soli beni che gli pervengano per queste divisioni definitive, che ciascuno dei presunti eredi dell'assente eserciterà, ad esclusione degli altri condividenti, i diritti di libera amministrazione, di pieno godimento, ed anche di disposizione per qualunque titolo: ma tutto ciò sempre *a titolo di possesso*, quantunque qualificato *definitivo;* non a titolo di *proprietà*, non potendo questa spettare ai presunti eredi predetti, se non eventualmente, qualora sia avvenuta e venga provata la morte dell'assente, e frattanto riguardandosi giuridicamente tuttora come costituenti patrimonio di lui i beni ch'egli ha lasciati.

Tali sembrano veramente il carattere e gli effetti da attribuirsi alle divisioni, alle quali si può procedere dopo pronunziata la immissione nel possesso definitivo.

Per ciò che riguarda le operazioni da compiersi e le forme da osservarsi in tali divisioni, non può essere dubbio che siano quelle stesse stabilite per le divisioni ereditarie negli articoli 984 e seguenti del codice civile.

Torna qui pure applicabile il principio già dimostrato, che i rapporti reciproci tra gl'immessi in possesso dei beni dell'assente vanno regolati colle norme proprie del diritto successorio. E se in virtù appunto di tale principio sono da seguirsi, come vedemmo, le regole stabilite dalla legge per le divisioni ereditarie, anche per quella specie di *divisioni provvisorie*, che per gli effetti limitati dell'amministrazione e del godimento dei beni dell'assente possono fare tra loro gl'immessi nel possesso temporaneo dei beni medesimi, a tanta maggior ragione deve ciò ritenersi per le *divisioni definitive* di cui parla l'art. 37; poichè, trattandosi in questo caso di determinare i beni sui quali ciascuno dei condividenti può esercitare, ad esclusione degli altri, i diritti simili a quelli della piena proprietà, che gli derivano dalla immis-

sione in possesso definitivo, è manifestamente più stretta l'analogia colle divisioni d'una eredità della quale sia realmente provato l'aprimento. E per questa ragione appunto non sarebbe estensibile a queste *divisioni definitive* la inapplicabilità, che dicemmo verificarsi relativamente alle *divisioni provvisorie*, durante la immissione in possesso temporaneo, di quelle fra le regole delle divisioni ereditarie, che possono dar luogo a trasferimento della proprietà dei beni dell'assente (1). Così, col consenso del maggior numero dei condividenti, si potrebbe stabilire che i mobili lasciati dall'assente fossero venduti ai pubblici incanti per pagare i debiti ed i pesi inerenti al patrimonio dell'assente stesso (art. 987, cod. civ.), o che si procedesse all'asta pubblica per la vendita degl'immobili non suscettibili di commoda divisione; giacchè tutto ciò rientra nelle facoltà concedute dalla legge agl'immessi in possesso definitivo, i quali, secondo l'art. 37, *possono disporre dei beni liberamente*.

È indubitabile che nelle divisioni definitive, qualora già non lo avessero fatto nelle provvisorie, potrebbero i condividenti costringere quelli tra loro, che avessero ricevuto dall'assente qualche cosa per donazione diretta o indiretta, ad eseguirne la *collazione* o la *imputazione*, a senso degli articoli 1001 e seguenti del codice civile. Nè occorre intorno a ciò maggiore dimostrazione di quella che già fu data parlando della immissione in possesso temporanea (2).

Ma, in occasione di queste *divisioni definitive*, si potrà pur domandare la riduzione delle disposizioni testamentarie o delle donazioni eccedenti la porzione disponibile, che fossero state fatte dall'assente? (art. 821, 1091, cod. civ.).

La risposta affermativa non presenta difficoltà relativamente alla riduzione delle disposizioni testamentarie. Per procedere alla divisione è indispensabile prima di tutto formare la massa di tutti i beni componenti il patrimonio da

---

(1) V. sopra, n. 187, p. 821-822.

(2) V. sopra, n. 187, p. 822-826; Demolombe, t. II, n. 132, 153 in fine.

dividersi; ed a quelli tra i condividenti, ai quali spetti una legittima, non può essere assegnato meno di quanto corrisponde alla quota riservata in loro favore dalla legge. La riduzione delle disposizioni testamentarie dell'assente, che eccedano tale quota, è dunque una necessità indeclinabile, quantunque la divisione non abbia per oggetto veramente la proprietà dei beni lasciati dall'assente, ma soltanto la determinazione di quelli tra essi sui quali ciascuno dei presunti eredi esclusivamente dovrà esercitare i diritti simili a quelli della proprietà, che gli derivano dalla immissione in possesso definitivo: perciocchè, ad ogni modo, tali diritti sono fondati appunto su quelli di successione, e devono quindi essere regolati da identiche norme.

Può però dar luogo a qualche maggiore dubbiezza ciò che concerne la *riduzione delle donazioni*. E non ostante che questo argomento riguardi più propriamente le relazioni tra i possessori ed i terzi, anzichè quelle degl'immessi in possesso definitivo, fra di loro, reputiamo più opportuno occuparcene ora, per l'intima connessione che esiste tra la riduzione delle disposizioni testamentarie e quella delle donazioni.

La questione è stata prevista e discussa dagli autori; i quali si sono trovati concordi nel ritenere, che mentre l'azione contro i terzi donatari per la riduzione delle liberalità eccedenti la porzione disponibile, fatte in loro favore dall'assente, non potrebb'essere esercitata dagl'immessi nel possesso temporaneo, divenga invece esercibile allorchè abbiano essi ottenuta l'immissione definitiva (1). L'effetto della immissione temporanea non riguarda che i beni, i quali di fatto si trovino nel patrimonio dell'assente al momento della scomparsa o delle ultime notizie di lui, all'oggetto della semplice amministrazione e del godimento dei beni medesimi. Per poter agire contro i terzi donatari, al

---

(1) Demolombe, t. II, n. 140, 158; Aubry e Rau, t. I, § 157, n° 19; Laurent, t. II, n. 226, p. 291.

fine di far ridurre le liberalità eccessive dell'assente, e far rientrare nel patrimonio di lui una parte dei beni donati, bisognerebbe che fosse accertata la morte dell'assente. Durante la sua vita non potrebbe egli stesso impugnare le fatte donazioni, se non per vizii di nullità che si riscontrassero nei relativi atti, o per qualcuna delle speciali cause di revocazione ammesse dalla legge (art. 1050, 1078 e seg., cod. civ.); nè maggiori diritti possono quindi competere agl'immessi nel possesso temporaneo, i quali avendo soltanto l'amministrazione e il godimento dei beni dell'assente, non possono esercitare altre azioni che quelle a lui stesso appartenenti (art. 28, cod. civ.). È solo *al tempo della morte del donante*, che si apre *in favore dei riservatari* l'azione in riduzione delle donazioni eccedenti la porzione disponibile (art. 1091, 1092, cod. civ.); ed è quindi indispensabile per l'esercizio di tale azione da parte degli eredi dell'assente che *sia provata la morte di lui*, mentre la dichiarazione d'assenza, susseguita dall'immissione dei presunti eredi nel possesso temporaneo dei beni, non fa presumere nè la vita nè la morte dell'assente, ma incombe sempre a chi affermi l'una o l'altra di doverne somministrare la prova. Con una massima contraria si affronterebbero d'altronde gravi pericoli di abusi. I possessori provvisionali, avendo pure notizie dell'assente da non lungo tempo scomparso, potrebbero dissimularle, e fors'anche per collusione con lui spogliare intanto i terzi donatari della proprietà che avevano irrevocabilmente acquistata. Certamente, quando poi venisse provato che l'assente vive ancora, i donatari potrebbero ricuperare i beni di cui fossero stati spossessati; ma intanto ne sarebbero ingiustamente privati per un tempo più o meno considerevole, e i frutti percetti nel frattempo rimarrebbero indebitamente ai presunti eredi dell'assente, qualora non si riuscisse a provare ch'essi fossero stati in mala fede (articoli 702, 703, cod. civ).

Per queste ragioni reputiamo dimostrato con più che sufficiente sicurezza, che in occasione delle *divisioni prov-*

visorie, alle quali si può procedere durante l'immissione in possesso temporaneo, non sia ammissibile l'azione che i presunti eredi legittimari volessero esercitare contro terzi per la riduzione delle donazioni che ad essi fossero state fatte dall'assente.

Ma la stessa massima dovrà estendersi pure al caso della immissione in possesso definitivo? Oppure questa autorizzerà coloro che l'abbiano ottenuta ad esercitare contro i terzi i diritti e le azioni che a quelli competerebbero in loro proprio nome, qualora la successione del loro autore si fosse realmente aperta a loro vantaggio, essendo provata la morte di lui?

Non è da negarsi che assai gravi considerazioni potrebbero addursi per la prima di queste risoluzioni; ed anzi un assoluto rigore di principii non permetterebbe veramente di adottarne altra. Sarebbe anche qui da ripetersi, come lo dicemmo per l'ipotesi della immissione in possesso temporaneo, che nell'esercizio di quest'azione per ridurre le donazioni fatte dall'assente, i possessori dei di lui beni non procedono in sua rappresentanza, ma in nome proprio e contro il fatto di lui; che una tale azione non può sorgere, per natura sua, se non coll'aprimento della successione del donante; che quindi dovrebbesi applicare la regola generale, secondo cui qualsiasi persona che voglia essere ammessa ad esercitare un diritto dipendente dalla morte di un'altra, è tenuta a provare che questa morte siasi verificata; che al contrario finchè dura l'assenza — sia pure nell'ultimo stadio della immissione definitiva nel possesso dei beni — si è sempre nella incertezza della vita dell'assente, si suppone che non ne sia di fatto provata la morte, nè questa viene mai presunta dalla legge; che dunque è impossibile in questo stato di cose l'esercizio dell'azione di riduzione delle donazioni fatte dall'assente.

Alla forza di questi argomenti non troviamo che si possa contrapporne efficacemente altro, fuor di quello che i signori *Aubry* e *Rau* hanno formulato nel modo seguente:

“ È vero — hanno detto essi — che in via di regola
“ generale ognuno, che chiede di esercitare un diritto su-
“ bordinato alla morte di un terzo, è tenuto a provare
“ questa morte. *Ma la forza stessa delle cose induce ad am-*
“ *mettere una eccezione a questa regola, dopo la immissione*
“ *in possesso definitivo: altrimenti l'esercizio del diritto di*
“ *legittima spettante agli eredi potrebbe trovarsi paralizzato*
“ *in maniera assoluta* „.

E sarebbe infatti così nel maggior numero dei casi. Specialmente quando l'immissione in possesso definitivo sia stata pronunciata pel trascorrimento di trent'anni dopo la immissione nel possesso temporaneo — ed è l'ipotesi più frequente — è ben difficile che accada di avere prova certa della morte dell'assente dopo un così lungo periodo, passato senz'alcuna notizia di lui; per lo più continua sempre quest'assoluta mancanza di notizie, e con essa quindi la incertezza legale se l'assente sia vivo o morto. Da ciò seguirebbe che dovesse pure continuare indefinitamente la impossibilità, per gli eredi legittimarii dell'assente, di esercitare l'azione di riduzione delle liberalità di lui, che avessero ecceduta la quota disponibile. Ora, ciò non è conciliabile collo scopo delle disposizioni di legge relative alla legittima; poichè le violazioni di queste disposizioni, commesse dall'assente con eccessive liberalità, sfuggirebbero per sempre alla sanzione della riduzione di esse.

Per non cadere nell'assurdo, bisogna dunque interpretare l'art. 37 nel senso, che procedendosi, dopo pronunziata l'immissione nel possesso definitivo, a *divisioni definitive*, si possano effettuare tutte le operazioni, ed esercitare anche verso terzi tutte quelle azioni, a cui le divisioni ereditarie darebbero luogo, secondo le regole comuni, non escluse le azioni di riduzione contro i donatari, che avessero ricevute dall'assente liberalità eccedenti la porzione disponibile dei suoi beni.

Altri argomenti venivano addotti da qualcuno degli autori francesi che abbiamo sopra citati; dei quali argomenti

però non crediamo potersi tenere gran conto nel diritto nostro. Si osservava che nell'antico diritto francese *si presumeva, in generale, la morte dell'assente quando fossero trascorsi* 100 *anni dalla sua nascita*, e allora veniva ammesso in favore dei presunti eredi legittimari l'azione in riduzione delle donazioni eccessive; e che il codice Napoleone avendo anzi voluto accrescere i diritti dei successori dell'assente, ed avendo poi parificata al trascorrimento dei 100 anni dalla nascita dell'assente, quello dei 30 anni dalla immissione in possesso temporaneo, non fosse dunque da ritenersi che sì nell'uno che nell'altro caso si fosse inteso di negare agli eredi riservatari il diritto di riduzione delle donazioni. Ma la base di tutto questo ragionamento viene a mancare; dappoichè pel diritto nostro in nessuno dei casi, nei quali si fa luogo all'immissione nel possesso definitivo, è ammessa mai la *presunzione della morte* dell'assente, e perciò nulla vi è che dispensi dalla prova di questa morte; la quale prova sarebbe indispensabile, secondo i principii generali, per rendere esercibile in favore degli eredi riservatari dell'assente l'azione di riduzione delle liberalità eccedenti la porzione disponibile contro i terzi donatari.

Si argomentava eziandio dall'art. 124 del cod. Napoleone, giusta il quale il coniuge dell'assente, che fosse in comunione di beni, aveva diritto di eleggere la continuazione della comunione stessa *durante la immissione provvisionale* nel possesso, ma doveva poi lasciar luogo in favore degli altri eredi dell'assente all'esercizio dei diritti ordinari di successione, dal giorno in cui si trasmutasse il possesso da provvisionale in definitivo: e si diceva, che se in questo caso era ammesso che gli eredi dell'assente potessero esercitare un loro diritto dipendente dalla morte dell'assente — quale era il diritto di scioglimento della comunione — dovesse per identità di ragione ammettersi pure che ogni altro diritto dipendente dalla morte dell'assente divenisse esercibile contro qualunque terza persona, a favore degli immessi in possesso definitivo. Ma, qualunque fosse il va-

lore che potesse attribuirsi in diritto francese a quest'argomentazione, è certo ch'essa non potrebbe averne alcuno nel diritto nostro, nel quale la disposizione dell'articolo 124 del codice Francese non fu riprodotta, e fu stabilito in senso opposto, dall'art. 1441 del cod. civ., che l'*assenza dichiarata* è una delle cause producenti lo *scioglimento della comunione*.

Nondimeno la principale e decisiva considerazione, che abbiamo sopra segnalata, ci sembra sufficiente a potere stabilire anche per noi la massima che gl'immessi in possesso definitivo sono ammessi a domandare, anche contro i donatari dei beni dell'assente, la riduzione delle liberalità eccedenti la porzione disponibile.

Un'ultima riflessione resta a farsi in questo argomento delle *divisioni definitive*, di cui parla l'art. 37, in relazione a quanto già esponemmo circa le *divisioni provvisorie;* alle quali dicemmo potersi procedere, pei soli effetti del possesso, dell'amministrazione e del godimento dei beni dell'assente, da coloro che sono immessi nel possesso temporaneo dei beni medesimi (1).

" Quando la dichiarazione d'assenza e l'immissione " provvisionale siano state pronunciate — così disse un " illustre scrittore francese — e tutti gli individui, siano " poi eredi od altri, che abbiano diritti subordinati alla " condizione della morte dell'assente, siano venuti ad esercitarli, in virtù degli art. 120 e 123, egli *è chiaro che la " divisione sarà stata fatta allora, e che al tempo della immissione in possesso definitivo non vi sarà più luogo a parlare d'una divisione nuova* „ (2).

Codesta idea però non sembra del tutto esatta. Se la divisione provvisoria sarà stata fatta nel modo che solo è ammissibile in diritto, come vedemmo, durante il periodo della immissione temporanea, cioè limitatamente ai soli effetti del possesso, dell'amministrazione e del godimento,

---

(1) V. sopra, n. 187, p. 814, ss.
(2) Marcadé, art. 129, § 8, t. I, n. 433.

senza intendere di dividere tra i presunti eredi dell'assente la proprietà stessa dei beni di lui, è chiaro all'opposto — a nostro modo di vedere — che pronunciata l'immissione definitiva in possesso, si farà luogo a procedere a nuove *divisioni definitive*, a senso dell'art. 37, cod. civ.; senzachè vi ostino le precedenti provvisorie, le quali avevano un diverso e più limitato oggetto.

Potrebb'essere avvenuto, per altro, che nell'atto delle divisioni operate durante il periodo della immissione temporanea, i contraenti avessero chiaramente manifestata la intenzione di fare *una vera divisione di proprietà;* nel qual caso codesta divisione sarebbe, sotto tale aspetto, da riputarsi nulla, ma la domanda di nullità non potrebb'essere proposta da alcuno degli stessi condividenti contro gli altri; se non che, qualora poi venisse ulteriormente pronunciata la immissione definitiva a favore di quelle stesse persone che avevano prima ottenuta l'immissione temporanea, la divisione precedentemente convenuta tra loro come definitiva, rimarrebbe convalidata (1). In questo senso si espressero gli autori ora citati colle seguenti parole:

“ Qualora nel dividersi i beni dell'assente, gl'immessi in “ possesso provvisionale abbiano chiaramente manifestata “ l'intenzione di procedere ad una *divisione di proprietà*, e “ l'immissione in possesso definitivo sia stata ulteriormente “ pronunciata a loro esclusivo profitto, quali soli ed unici “ eredi dell'assente, *questa divisione dovrà essere mantenuta*, “ *col carattere definitivo ch'essi hanno inteso di attribuirle.* “ Sarebbe altrettanto della *licitazione*, che di fatto si fosse “ operata, ammettendovi anche persone estranee; nel senso “ che gl'immessi in possesso temporaneo, in cui favore “ fosse poi stata pronunciata anche l'*immissione definitiva*, “ sarebbero obbligati a rispettare l'aggiudicazione pronun- “ ciata, fosse poi a vantaggio d'un estraneo, od anche di “ uno di loro „.

---

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 153, n. 2 in fine.

210. — Parlammo altra volta della facoltà, espressamente attribuita dall'art. 37 del nostro codice agl'immessi in possesso definitivo, di *poter disporre dei beni liberamente* (1). Il codice Francese non conteneva una dichiarazione formale in tal senso. Nondimeno quello stesso principio era ammesso come incontestabile in dottrina; deducendolo *a contrario* dal divieto fatto nell'art. 128, di alienare od ipotecare gl'immobili dell'assente, *finchè non si possedessero che a titolo d'immissione provvisionale;* dall'art. 129, che agl'immessi in possesso definitivo dava il diritto di *procedere a divisioni* parimente *definitive*, a titolo quindi — dicevasi — *di proprietà;* dall'art. 132, che all'assente ricomparso dopo la immissione in possesso definitivo dava il diritto di *ricuperare i beni nello stato in cui si trovassero presso i possessori, o il prezzo di quelli alienati;* il che importava dunque implicitamente che le alienazioni fatte dai possessori dovessero essere rispettate dall'assente stesso.

Il nostro legislatore ha più opportunamente stabilita in modo formale la massima che gl'immessi in possesso definitivo hanno *libera facoltà di disposizione dei beni dell'assente;* e ciò costituisce a nostro modo di vedere, uno speciale attributo del possesso definitivo, quantunque i beni che ne formano oggetto siano sempre riguardati dalla legge come formanti il *patrimonio dell'assente*, nè siano da considerarsi come trasmessi ai possessori per vero titolo di *proprietà*, sia pure revocabile (2).

La predetta massima — colla quale concorda poi la successiva disposizione dell'art. 39, che in caso di ricomparsa dell'assente gli riserva il solo diritto di *ricuperare i beni nello stato in cui si trovano*, o di conseguire il prezzo di quelli alienati, ove sia tuttora dovuto, od i beni nei quali sia stato investito — nei rapporti tra l'assente e gl'immessi in possesso dei di lui beni produce, come osservammo

---

(1) V. sopra, n. 208, p. 942, 943.
(2) V. sopra, n. 206, p. 924-928.

nel luogo precedentemente ricordato, l'effetto di esonerare i possessori da qualunque responsabilità verso l'assente per le fatte alienazioni; nei rapporti tra l'assente medesimo ed i terzi ha per effetto di rendere irrepugnabile qualunque atto di disposizione fatto dagl'immessi in possesso definitivo, senzachè occorra l'adempimento di alcuna condizione o formalità speciale. Tali atti di disposizione, compiuti dai possessori in virtù del potere che la legge ne conferisce ad essi, quale particolare attributo della immissione definitiva, sono da considerarsi come se fossero stati fatti dall'assente stesso, al quale perciò non può competere alcuna azione per impugnarli e rivendicare i beni che ne formano oggetto; ogni azione di lui contro i terzi acquirenti limitandosi a conseguire il prezzo di cui fossero tuttora debitori — com'è detto nell'art. 39 — e ad esercitare quelle altre ragioni, che al momento della cessazione dell'assenza spettassero ai possessori relativamente al contratto di alienazione, come sarebbero quelle di nullità del contratto medesimo, di rescissione, di risoluzione e simili.

Fu osservato da giureconsulti autorevolissimi che l'assente ricomparso, dopo l'immissione dei presunti eredi nel possesso definitivo dei suoi beni, è tenuto a rispettare anche gli atti di disposizione da essi fatti anteriormente, durante la immissione in possesso temporaneo (1); e crediamo ben fondata questa massima. Vero è che se l'assente fosse ricomparso durante l'immissione degli eredi nel possesso solamente temporaneo, egli avrebbe potuto esercitare contro i terzi acquirenti l'azione in nullità delle alienazioni illegittimamente fatte dai possessori predetti, e rivendicare i beni alienati (2). Ma dal momento in cui l'immissione in possesso fu trasmutata in definitiva, essendo sorta a favore dei possessori quella libera facoltà di disporre, la cui mancanza poteva prima dar fondamento all'azione di nullità

---

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 157, p. 623.
(2) V. sopra, n. 184, p. 796, 797.

delle fatte alienazioni, queste sono da reputarsi convalidate retroattivamente, per la cessazione appunto di quella causa di nullità. Come altre volte notammo, dopo l'immissione nel possesso definitivo, l'assente che ritorni o di cui sia provata l'esistenza non può — secondo il disposto dell'articolo 39 — che *ricuperare i beni nello stato in cui si trovano presso i possessori, o conseguire il prezzo* di quelli alienati, ove sia tutt'ora dovuto, od i beni nei quali il prezzo sia stato investito. Nessuna altra azione può competergli relativamente ai beni predetti, nè verso i possessori, nè verso i terzi acquirenti, salve ancora a fronte di questi ultimi, quelle azioni che contro di loro competessero agli stessi possessori definitivi al momento della ricomparsa dell'assente. È dunque esclusa l'azione di rivendicazione, ancorchè appoggiata all'essere l'alienazione stata fatta illegalmente dai possessori durante l'immissione temporanea. E veramente non sarebbe ragionevole che l'assente, ritornato dopo la immissione dei presunti eredi nel possesso definitivo, potesse rivendicare beni di cui costoro avevano in tale stadio la libera disponibilità, solo perchè l'alienazione fosse stata fatta precedentemente. — Egli deve imputare a sè stesso di aver trascurati i proprii interessi fino a lasciar luogo alla immissione degli eredi nel possesso definitivo dei suoi beni, e d'essersi con ciò esposto a subire le conseguenze della disposizione della legge, che l'obbliga a contentarsi di quanto rimanga del suo patrimonio in mano degl'immessi in possesso.

Avemmo occasione altra volta di rilevare come i termini generali ed assoluti, nei quali è concepita la disposizione dell'art. 37, che dice potersi dagl'immessi in possesso definitivo *disporre dei beni liberamente*, non permetta alcuna distinzione tra i vari possibili titoli di disposizione, cosicchè ai possessori definitivi è lecito non solo di alienare *a titolo oneroso*, ma eziandio di *donare* i beni lasciati dall'assente (1).

---

(1) V. sopra, n. 208, p. 943.

Veramente si potrebbe opporre che l'art. 39, attribuendo all'assente ricomparso, dopo la immissione dei presunti eredi nel possesso definitivo, il diritto di ricuperare i beni nello " stato in cui si trovano, e di *conseguire il prezzo di " quelli alienati*, ove sia tuttora dovuto, od i beni nei quali " sia stato investito „, viene a supporre che siano *a titolo oneroso* le alienazioni fatte dagl'immessi in possesso definitivo; che d'altra parte non vi sarebbe ragione bastante per negare all'assente ritornato il diritto di rivendicare i suoi beni che fossero stati dati in donazione, poichè una tale rivendicazione non arrecherebbe nessun pregiudizio al donante, il quale non è tenuto a garantia verso il donatario per l'evizione, che per qualunque causa egli soffra delle cose donate (art. 1077, cod. civ.), eccettochè si tratti di beni costituiti in dote (art. 1396, cod. civ.); e quanto poi al donatario, è da riflettere che opponendosi alla rivendicazione dei beni donatigli dai possessori definitivi, egli cercherebbe di *conservarsi un lucro*, mentre l'assente ricomparso, rivendicando quei beni, tende *ad evitare un danno.*

Tuttavia non mancano risposte a questi argomenti. Non può essere considerata riferibile alle sole *alienazioni a titolo oneroso* la prima parte dell'articolo 39; nella quale dichiarandosi che l'assente ritornato non può ricuperare i beni se non *nello stato in cui si trovino presso i possessori definitivi*, si stabilisce un principio generale ed assoluto, e si esclude la esercibilità di qualsiasi azione dell'assente predetto contro i terzi acquirenti dei beni che l'assente aveva lasciati, senza alcuna distinzione circa il titolo oneroso o gratuito per cui le alienazioni siano state fatte. La seconda parte poi dello stesso articolo 39 si riferisce bensì alle *alienazioni a titolo oneroso;* ma unicamente per riservare in favore dell'assente ricomparso, l'azione per conseguire dai compratori il prezzo, che tuttora debbano, dei beni da essi acquistati, e l'azione contro gl'immessi in possesso definitivo per conseguire i beni nei quali abbiano investito il prezzo ricavato dall'alienazione di altri dell'assente. Nessuna parola però di questo

articolo autorizza a supporre che la legge ammetta in favore dell'assente ricomparso un'azione esercibile contro i terzi acquirenti per rivendicare i beni che già appartennero all'assente medesimo, e che furono in favore di quei terzi alienati dagl'immessi in possesso definitivo, sia l'uno o l'altro, sia oneroso o gratuito il titolo per cui tali alienazioni siano state fatte; e l'ammetterlo sarebbe d'altronde in aperta contraddizione col principio fondamentale stabilito nell'articolo 37, che accordando ai possessori definitivi la facoltà di *disporre dei beni liberamente*, esclude che tale facoltà sia limitata alle sole *disposizioni a titolo oneroso*, e rendendo così legittime anche le alienazioni fatte da quei possessori a *titolo gratuito*, toglie la possibilità d'un'azione di rivendicazione in danno dei terzi acquirenti.

Nè vale l'opporre che nell'azione di rivendicazione, che venisse intentata dall'assente ricomparso contro un donatario, si troverebbero in conflitto per l'assente lo scopo di evitare un danno, pel donatario lo scopo di conservarsi un lucro; perchè non può con verità affermare di voler evitare un danno chi tenti di far rientrare nel proprio patrimonio un bene legittimamente trasmesso ad altri; nè si può parlare di lucro rispetto a chi vuol mantenere un proprio diritto legittimamente acquisito, ancorchè lucrativo sia stato il titolo per cui quel diritto gli pervenne. E nel caso nostro il donatario difende appunto un diritto che ha legittimamente acquistato dall'immesso in possesso definitivo, il quale donandogli cose formanti parte del patrimonio lasciato dall'assente, non ha fatto che esercitare la facoltà, conferitagli dalla legge, di *disporre dei beni liberamente;* ed all'opposto l'assente ricomparso, che volesse ricuperare quelle cose rivendicandole a danno del donatario, rimpinguerebbe il proprio patrimonio con beni che ne sono legalmente usciti. D'altronde è pur da riflettere che permettendo, dopo l'immissione in possesso definitivo, la evizione a pregiudizio di un acquirente, fosse pure un donatario, si arrecherebbe una grave perturbazione agl'interessi legalmente stabiliti ed

all'ordine delle famiglie; mentre l'assente avrà, in generale, da imputare a se stesso d'essere stato per lungo tempo negligente nel non dare notizie di sè, e non provvedere all'interesse proprio. La massima che gl'immessi in possesso definitivo possono disporre liberamente dei beni lasciati dall'assente anche a titolo di donazione, e che all'assente stesso, qualora ricomparisca, non può conseguentemente competere alcuna azione di rivendicazione, neppure contro i donatari, è pertanto giustificata, ed è infatti ammessa concordemente dalla dottrina (1).

211. — Gl'immessi in possesso definitivo possono essere tenuti al pagamento dei debiti dell'assente, anche oltre il valore dei beni da lui lasciati, anche sui loro patrimoni particolari, qualora non abbiano usato del benefizio dell'inventario? Esaminammo una questione simile in riguardo alla immissione nel possesso temporaneo, e notammo a quali difficoltà ed a quanta diversità di opinioni abbia dato luogo (2). Quando il possesso diviene definitivo, e la posizione fatta dalla legge a coloro che l'ottengono si avvicina quindi tanto più a quella degli eredi nel caso di aprimento della successione, i motivi di dubbio sono naturalmente maggiori. Nondimeno è opinione accettata che i presunti eredi non siano tenuti, dopo la immissione definitiva, più che durante il possesso temporaneo, a soddisfare i debiti e carichi che gravano sul patrimonio dell'assente, *ultra vires* e sui beni loro particolari (3).

“ L'immissione definitiva — dicono gli uni — non con-
“ ferendo che *una proprietà revocabile*, non può conseguente-
“ mente essere considerata come operativa d'una confusione
“ assoluta tra il patrimonio dell'assente e quello degl'immessi
“ in possesso „.

---

(1) V. Toullier, t. II, n. 447; Duranton, t. II, n. 505; Demolombe, t. II, n. 156; Aubry e Rau, t. I, § 157; Laurent, t. II, n. 227.

(2) V. sopra, n. 192, p. 859-864.

(3) Aubry e Rau, t. I, § 157, nª 5; Laurent, t. II, n. 226.

“ Non crediamo — altri soggiunge — che si possa spin-
“ gere fino a questo punto l’assimilazione della immissione
“ in possesso e dell’aprimento della eredità. Questa non è
“ realmente aperta, nè può esserla finchè non sia provata
“ la morte dell’assente. Così è disposto nell’art. 130 (art. 34,
“ cod. It.). Non vi è dunque luogo ad applicare il principio
“ che *il possesso dei beni del defunto passa di diritto nella*
“ *persona dell’erede* (*Saisine*); e lo prova l’essere necessario
“ che i presunti eredi chiedano l’immissione in possesso al
“ tribunale. Ora, l’obbligazione di pagare i debiti anche
“ *ultra vires* è una conseguenza appunto di quel principio.
“ Gl’immessi in possesso *non continuano dunque la persona*
“ *dell’assente;* ma essendo semplicemente *successori nei beni,*
“ solo a concorrenza di questi possono essere tenuti al paga-
“ mento dei debiti „.

Senza entrare in un esame particolareggiato di questi argomenti, ci limiteremo a ripetere quanto osservammo già parlando della immissione in possesso temporaneo. Volendo scorgere nella immissione in possesso una specie di apertura della successione, provvisoria quando il possesso è temporaneo, definitiva ma revocabile quando il possesso è definitivo, riesce poi troppo difficile l’eliminare la conseguenza del principio ammesso, dispensando gl’immessi in possesso dagli obblighi che loro deriverebbero da quella successione, che si considera come se fosse aperta. I possessori — si dice — hanno soltanto una *proprietà revocabile* sul patrimonio dell’assente; ma da ciò deriverebbe che parimente revocabile dovesse essere la confusione del patrimonio dell’assente, con quello degl’immessi in possesso, non già che nessuna confusione simile dovesse verificarsi, o che verificandosi non avesse a produrre l’effetto suo essenziale di vincolare pel pagamento dei debiti l’uno e l’altro patrimonio indistintamente — salvo, s’intende, il diritto di rimborso quando poi la revocazione predetta realmente si verificasse.

Gli eredi presunti — si soggiunge — non sono investiti

ipso jure del possesso dei beni dell'assente, ma hanno bisogno di chiederlo all'autorità giudiziaria. E ciò è incontestabile. Ma una volta che hanno ottenuto questo possesso, e lo hanno pel titolo della successione ereditaria, che si vuole far considerare come aperta, perchè dunque debbono essere esenti dagli oneri che dalla successione derivano? L'aprimento della successione — si aggiunge da ultimo – non è però ancora realmente avvenuto, nè potrà verificarsi se non quando sia provata la morte dell'assente. E con ciò si entra nel vero, ma si toglie la base a tutta l'argomentazione. Non vi è infatti neppure nella immissione in possesso definitivo, alcun aprimento, nè reale, nè fittizio, nè completo, nè imperfetto della successione dell'assente. Vi è semplicemente, come più volte ripetemmo, l'attribuzione ai presunti eredi d'un *possesso* — chè la legge non usa mai altra parola — produttivo di effetti speciali più importanti di quelli che si ottengono colla immissione in possesso temporaneo; produttivo di diritti che non si limitano soltanto all'amministrazione ed al godimento dei beni dell'assente, ma divengono simili a quelli della proprietà piena, estendendosi fino alla libera disposizione di quei beni. Tutto ciò però essendo sempre a titolo, non di proprietà, ma di semplice possesso, sebbene avente effetti eccezionali, si spiega allora agevolmente come i presunti eredi, chiedendo ed ottenendo la immissione in possesso definitivo, non assumano quella obbligazione di pagare anche del proprio i debiti dell'assente, che deriverebbe a loro carico soltanto dall'accettazione pura e semplice d'una successione ereditaria, della quale ancora non può dirsi verificato l'aprimento in alcun modo; si spiega agevolmente come la immissione in possesso definitivo non essendo altro che un diritto speciale, conceduto in virtù della legge ai presunti eredi dell'assente sulla universalità dei beni, che tuttora si considerano giuridicamente come costituenti il patrimonio di lui, i debiti che l'assente abbia lasciati debbano soddisfarsi a carico di questo patrimonio, senza che gl'immessi in possesso definitivo con-

traggano l'obbligazione di farvi fronte col proprio patrimonio particolare. I beni che formano così la guarentìa dei creditori dell'assente sono accertati dall'inventario, che deve essere stato formato al tempo della immissione nel possesso temporaneo, secondo la disposizione dell'art. 29 del codice civile. Può darsi però che l'immissione in possesso definitivo non sia stata preceduta dalla immissione temporanea, nel caso previsto dall'articolo 38. Per questa ipotesi eccezionale, e certo non frequente a verificarsi, non è prescritta, a guarentìa dei creditori dell'assente, la compilazione dell'inventario; laonde, in caso di contestazione, non rimarrebbe che ricorrere ai mezzi ordinari di prova. Qualora però gl'immessi in possesso definitivo nel caso predetto avessero confuso coi propri beni, specialmente i mobili dell'assente, in modo da rendere impossibile lo sceverare gli uni dagli altri, rimarrebbero pel fatto loro obbligati a rispondere, pel pagamento dei debiti dell'assente, anche coi beni propri. Alcuni autori hanno anzi generalizzata questa proposizione, dicendo che *sempre quando gl'immessi in possesso, comportandosi come proprietari liberi dei beni dell'assente, li abbiano di fatto confusi col loro proprio patrimonio*, saranno tenuti *ultra vires* (1). Ma qualora da regolare inventario risulti quali siano veramente i beni costituenti il patrimonio dell'assente, non sembra che al solo fatto di *avere agito come proprietari liberi dei beni medesimi* possa attribuirsi l'effetto, non determinato da una disposizione di legge, di obbligare anche in proprio gl'immessi in possesso pel pagamento dei debiti dell'assente *ultra vires*; tanto più che, dopo la immissione definitiva l'agire come proprietari liberi è nel diritto dei possessori, essendo ad essi conferito dalla legge, oltre alla piena libertà di amministrazione, la facoltà eziandio di disporre in qualunque modo e per qualunque titolo, dei beni dell'assente.

In ordine ai rapporti dei terzi, dipendentemente dalla

---

(1) Aubry e Rau, t. I, § 157, p. 623.

immissione dei presunti eredi dell'assente nel possesso definitivo dei beni di lui, è stato proposto il quesito; se coloro che abbiano diritti subordinati alla condizione della morte dell'assente, sovra beni che da lui siano stati alienati — per esempio, un diritto di riversibilità stipulato, a senso dell'art. 1071, cod. civile, in una donazione fatta all'assente — possano esercitare tali diritti contro i terzi possessori? E fu risposto affermativamente (1). Possono riprodursi a tale proposito osservazioni analoghe a quelle che già facemmo trattando dell'altra questione, se dopo la immissione in possesso definitivo si faccia luogo a poter domandare contro i terzi la riduzione delle donazioni eccedenti la porzione disponibile che l'assente avesse fatte (2).

Ad un altro quesito può dare occasione ciò che è disposto nell'ultimo paragrafo dell'art. 26 del nostro codice. Gl'immessi in possesso definitivo saranno obbligati verso il coniuge dell'assente a continuargli il pagamento della pensione alimentaria, che a norma del citato articolo gli sia stata assegnata dal tribunale durante il possesso temporaneo? Ovvero quella pensione dovrà ritenersi cessata dal giorno in cui la immissione definitiva sia stata pronunciata? Sembra che in quest'ultimo senso sia da risolversi il dubbio. La pensione alimentaria in favore del coniuge dell'assente non è infatti ammessa dall'art. 26, § ultimo, e non è ordinata dal tribunale fuorchè pel periodo della immissione in possesso temporaneo. Quando avviene il passaggio all'ultimo stadio della immissione definitiva, è nello spirito della legge che per tutti coloro i quali abbiano sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla morte di lui, le cose siano poste — sebbene sempre a solo titolo di possesso, e salva la revocabilità pel caso che l'assente ricomparisca o ne giungano notizie — nella stessa condizione in cui dovrebbero essere se la morte dell'assente si fosse realmente verificata. Il coniuge può

---

(1) Aubry e Rau, t. I, § 157, n° 20.
(2) V. sopra, n. 209, p. 955-958.

quindi allora ottenere definitivamente il possesso di ciò che gli spetta per titolo di successione, ed esercitare pure definitivamente quei diritti particolari che sui beni dell'assente gli appartengano, in virtù, per esempio, delle convenzioni matrimoniali. Ma contemporaneamente deve cessare di godere della pensione alimentaria, che pel tempo del possesso temporaneo gli fosse stata conceduta.

SEZIONE III.

DELLA CESSAZIONE DELL'ASSENZA.

Sommario. — 212. Idee generali intorno alle cause dalle quali deriva la cessazione dell'assenza, e intorno agli effetti che tale cessazione produce. Partizione della materia.

212. — Vi sono cause comuni producenti in ogni caso la cessazione assoluta dell'assenza, le quali perciò pongono sempre fine a tutti i provvedimenti legali che ne erano conseguiti: e sono la ricomparsa dell'assente nel luogo d'ultimo suo domicilio o d'ultima sua residenza, l'accertamento della esistenza di lui, sebbene non ricomparso, l'accertamento della morte avvenutane. Nè intorno a ciò vi è luogo a distinguere se sia l'uno o l'altro il periodo dell'assenza in cui si verifichi qualcuna delle tre cause sopra cennate della cessazione di essa. Sia poi semplicemente presunta, o sia giudizialmente dichiarata l'assenza, e in quest'ultimo caso, sia poi soltanto temporanea o definitiva l'immissione in possesso dei beni, che i presunti eredi dell'assente abbiano ottenuta, l'assenza, quale che sia il momento di essa, avendo sempre per carattere proprio, distintivo e fondamentale, la incertezza sull'esistenza dell'assente, non può durare dopo che una tale incertezza siasi dileguata dinanzi alla evidenza delle prove somministrate in contrario, e colle quali sia accertato che l'assente vive

ancora, o che in un determinato giorno ne avvenne la morte.

L'accadere però l'assoluta cessazione dell'assenza per l'una anzichè per l'altra delle tre cause predette produce conseguenze diverse, anche secondo lo stadio in cui siasi allora, di semplice presunzione, o di dichiarazione dell'assenza, e in quest'ultimo caso, d'immissione temporanea, o d'immissione definitiva nel possesso dei beni; conseguenze diverse nei rapporti tra l'assente o chi lo rappresenti, e gli amministratori o gli immessi nel possesso temporaneo o definitivo dei beni di lui.

Nel primo dei due paragrafi, nei quali divideremo questa sezione, ci occuperemo appunto di questo argomento, degli effetti che derivano dalla cessazione assoluta dell'assenza, secondochè essa si verifichi per la ricomparsa dell'assente, o per la prova della esistenza, o per la prova dell'avvenuta morte di lui.

Vi sono poi cause speciali, che non producono l'assoluta cessazione dell'assenza, ma solo la cessazione relativa dei provvedimenti ai quali essa abbia dato luogo; e relativa può essere questa cessazione in duplice modo; in quanto si operi il passaggio dall'uno all'altro degli stadi che la legge distingue nell'assenza, o in quanto perdurando il medesimo stadio, si effettui unicamente il passaggio della immissione in possesso temporaneo o definitivo dalle persone che prima ne furono investite, ad altre.

Così la *dichiarazione di assenza* è causa per cui cessa la semplice presunzione di essa, quando però la sentenza contenente quella dichiarazione sia stata pubblicata nei modi di legge, e dalla seconda pubblicazione sia trascorso il termine di sei mesi (art. 25, 26, cod. civ.); perchè solamente allora la sentenza dichiarante l'assenza diviene operativa de' suoi effetti (1).

Così pure la immissione definitiva è causa per cui cessa

---

(1) V. sopra, n. 161, p. 598, 599.

la immissione temporanea nel possesso dei beni dell'assente; e ciò dal giorno nel quale il tribunale, sull'istanza delle parti interessate, abbia pronunziata quella immissione nel possesso definitivo, a senso dell'art. 36, cod. civ. Ma, sì nell'uno che nell'altro caso, sussiste sempre l'assenza nei suoi caratteri distintivi e fondamentali; solamente se ne modificano gli effetti pel passaggio che avviene dallo stadio della semplice presunzione a quella della dichiarazione di assenza, o dallo stadio della immissione in possesso temporaneo a quello della immissione in possesso definitivo. Gli effetti del nuovo periodo, che comincia, subentrano a quelli del precedente, che finisce: e le dimostrazioni che abbiamo date intorno a ciascuno di questi periodi, ci dispensano da ogni sviluppo ulteriore.

Nel secondo aspetto, che abbiamo sopra indicato, si verifica una cessazione relativa dei provvedimenti dipendenti dall'assenza allorchè l'immissione in possesso temporaneo, o quella in possesso definitivo, che sia stata conseguita da determinate persone, passi ad altre che a termine di legge vi abbiano diritto. Ciò avviene nel periodo della immissione in possesso temporaneo quando “ alcuno provi “ di avere avuto, al tempo da cui parte la presunzione di “ assenza, un diritto prevalente od eguale a quello del pos- “ sessore „ che perciò può “ escludere dal possesso, o far- “ visi associare „ (art. 32, cod. civ.); avviene nel periodo della immissione in possesso definitivo, quando i figli o i discendenti dell'assente, senza poterne provare la morte, reclamano contro gl'immessi in possesso definitivo i diritti che loro competono a titolo di successione sui beni lasciati dall'assente medesimo, esercitando la facoltà che è loro conferita a tale oggetto dall'art. 40, cod. civ. Tanto l'una quanto l'altra di queste cause di cessazione relativa dei provvedimenti per l'assenza, è regolata da norme speciali, che dimostreremo nel secondo paragrafo di questa sezione.

---

§ I. — Delle cause comuni di cessazione assoluta dell'assenza, e degli effetti che ne derivano.

A

Ricomparsa dell'assente.

Sommario. — 213. Diritti dell'assente, che ricomparisca durante la presunzione di assenza, o dopo la dichiarazione giudiziale di essa, ma prima della immissione dei presunti eredi nel possesso dei beni. — 214. Diritti ed obbligazioni dell'assente ricomparso, verso gl'immessi nel possesso temporaneo. — 215. Principii generali riguardanti i diritti dell'assente ricomparso dopo che i presunti eredi siano stati immessi nel possesso definitivo dei di lui beni. — 216. Del caso che i beni dell'assente si trovino ancora in natura presso gl'immessi nel possesso definitivo. — 217. Del caso che i beni dell'assente siano stati trasmessi dai possessori definitivi a terze persone. — 218. Imprescrittibilità delle azioni spettanti all'assente ricomparso, contro gl'immessi nel possesso definitivo. — 219. Se l'esercizio delle azioni attribuite all'assente ricomparso sia meramente facoltativo per lui, o se gl'immessi in possesso definitivo possano costringerlo a riprendere i suoi beni.

213. — Se il *presunto assente* ricomparisce, egli riprende immediatamente e di pien diritto l'amministrazione del suo patrimonio; ed i provvedimenti, che a norma dell'art. 21, cod. civ. siano stati ordinati dal tribunale, perdono *ipso facto et jure* ogni loro effetto, senza bisogno che dal tribunale stesso vengano revocati. Quei provvedimenti avevano per sola base il fatto dell'assenza presunta, e la necessità di assicurare la conservazione del patrimonio della persona scomparsa, della quale era incerta l'esistenza o la morte. Quando questa incertezza è cessata, nè può più sussistere presunzione di assenza, per la ricomparsa della persona stessa, manca ogni ragione d'essere dei provvedimenti giudiziali ordinati; e il mantenerne in qualunque modo l'efficacia sarebbe in opposizione al diritto che ad ognuno, non colpito da speciali cause d'incapacità, appartiene per la libera amministrazione del proprio patrimonio.

Il mandato, che a tenore di detto articolo 21 fosse stato conferito dal tribunale a taluno per rappresentare l'assente

in determinati atti giudiziali o stragiudiziali, od anche per assumere l'amministrazione generale del patrimonio di lui (1), deve quindi ritenersi estinto pel fatto stesso della ricomparsa dell'assente; e sono da applicarsi conseguentemente i principii generali relativi appunto alla estinzione del mandato. Così gli atti, che il rappresentante nominato dal tribunale all'assente avesse compiuti posteriormente alla ricomparsa di costui, sarebbero, in generale, da riguardarsi come inefficaci, come inetti a vincolare l'assente, sia verso il rappresentante stesso, sia verso i terzi coi quali egli avesse trattato. Ma sarebbe altrimenti, e gli atti dovrebbero ritenersi validi, qualora fossero stati fatti dal rappresentante ignorando la ricomparsa dell'assente, e purchè fossero stati in buona fede anche i terzi contraenti (arg. art. 1762, cod. civ.). S'intende ancora che il rappresentante, il cui mandato si è estinto, deve render conto del suo operato e della sua gestione all'assente ricomparso; deve corrispondergli tutto ciò che abbia ricevuto in dipendenza della gestione stessa, ancorchè non fosse realmente dovuto all'assente (arg. art. 1747, cod. civ.), e risarcirgli ogni danno che avesse arrecato, non solo per dolo, ma anche per semplice colpa, non avendo usata la vigilanza propria d'un buon padre di famiglia. La massima stabilita dall'articolo 1746 § 2°, cod. civ., che attenua, in favore di chi eserciti un mandato gratuito, *la responsabilità in riguardo alla colpa*, non potrebbe avere applicazione in questo caso: in cui non si tratta d'un mandato convenzionale, conferendo il quale a chi lo assuma gratuitamente, sia da presumersi che il mandante abbia inteso di riferirsi a quella diligenza, sebbene minore dell'ordinaria, che il mandatario sia solito usare nelle cose proprie; ma si tratta d'un mandato conferito dall'autorità giudiziaria, nell'interesse di persona che è reputata trovarsi di fatto nella impossibilità di provvedere alle cose proprie, ed è quindi paragonata ad

(1) V. sopra, n. 148, p. 534.

un incapace; d'un mandato che ha pertanto carattere di ufficio pubblico, nel cui esercizio devesi usare la diligenza comune propria d'un buon padre di famiglia, e rispondere dei danni qualora una tale diligenza non sia stata osservata. L'assente ricomparso è dal canto suo tenuto a rispettare tutti gli atti che siano stati legalmente fatti in virtù delle disposizioni date dal tribunale, ed entro i limiti delle facoltà da esso impartite al rappresentante nominato per l'assente medesimo; è tenuto ad eseguire le obbligazioni legittimamente contratte, a rimborsare le anticipazioni e le spese, e in generale a tutto quello a cui sarebbe obbligato se si trattasse di mandato convenzionale (1).

Ciò che abbiamo detto, pel caso di ricomparsa materiale dell'assente nel luogo d'ultimo suo domicilio o d'ultima sua residenza, dovrebbe ripetersi ugualmente nella ipotesi che non ripresentandosi personalmente, il presunto assente costituisse un procuratore a rappresentarlo ed amministrare per lui. Avendosi con ciò stesso notizie della persona, non sarebbe più possibile qualificarla legalmente come *assente* (art. 20, cod. civ.); e quando pure, continuando quella persona a rimanere lontana senza dare ulteriori sue notizie, potesse dirsi rinnovata la incertezza intorno alla esistenza od alla morte di lei, e risorta perciò la *presunzione di assenza*, essendovi nondimeno un procuratore costituito, non potrebbesi fare luogo a provvedimenti giudiziali fuorchè nei casi e nei modi che altrove dimostrammo (2).

Quando anche l'assenza non sia più nel primo periodo di semplice *presunzione*, ma ad instanza degli aventi diritto ne sia stata pronunciata la dichiarazione giudiziale, a norma dell'art. 22, cod. civ., e quand'anche essendo inoltre trascorso il termine dei sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza, sia questa divenuta operativa di tutti

---

(1) V. sopra, n. 149, p. 536.
(2) V. sopra, n. 147, p. 526-527.

gli effetti suoi, a senso dell'art. 26 dello stesso codice; se però l'assente ricomparisca prima che gli eredi testamentari od i presunti eredi legittimi di lui abbiano conseguito il possesso dei suoi beni, gli effetti di tale ritorno non sono diversi da quelli che sopra accennammo pel caso che la ricomparsa si avveri durante la semplice presunzione di assenza. La ragione di ciò si appalesa facilmente richiamando un principio già dimostrato in altro luogo; che cioè, nonostante la dichiarazione giudiziale dell'assenza, e il trascorrimento dei sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza che l'ha pronunciata, continuano ad avere efficacia i provvedimenti che il tribunale abbia dati pel periodo dell'assenza presunta, giusta l'art. 21 del codice civile, fino a che gli eredi testamentari od i presunti eredi legittimi dell'assente non abbiano chiesta ed effettivamente conseguita la immissione in possesso dei beni (1). Se dunque in questo stato di cose avviene che l'assente ricomparisca, è chiaro che gli effetti di tale ritorno non possono essere diversi da quando esso accada nel corso della semplice presunzione di essa, dappoichè i provvedimenti presi in dipendenza della presunzione medesima durano tuttavia.

Ma l'immissione in possesso, che i presunti eredi dell'assente abbiano ottenuta, apporta una modificazione essenziale. L'assente, che ritorna, rientra bensì immediatamente ed *ipso jure* nel pieno esercizio di tutti gli attributi della proprietà sui beni, che non hanno cessato di far parte del suo patrimonio, quantunque dati in possesso ai presunti eredi; ma il fatto appunto di questo possesso può rendere necessario l'esercizio d'un'azione giudiziale contro coloro che ne furono investiti, qualora non si prestino spontaneamente a quella restituzione che debbono all'assente ricomparso. Oltre a ciò, i rapporti di diritti e di obbligazioni tra l'assente ritornato ed i possessori dei di lui beni, debbono

(1) V. sopra, n. 150, p. 541.

per necessità differire notevolmente, secondo che il possesso sia tuttora nello stadio meramente temporaneo, o sia già entrato in quello della immissione definitiva; perchè nel primo caso i possessori non sono da considerarsi che come semplici amministratori, obbligati a render conto della loro gestione, ed a restituire i beni precariamente posseduti, insieme a tutto ciò che sia accessorio di questi, salvo soltanto il diritto ammesso dalla legge di ritenerne in tutto od in parte le rendite; mentre nell'altro caso debbono essere trattati quali persone che esercitarono per diritto proprio un possesso avente attributi eccezionalmente favorevoli, simili a quelli dalla piena proprietà, compresovi anche il diritto di libera disposizione dei beni.

Quali siano in particolare le differenze da ammettersi, come ora accennammo, nei diritti dell'assente ricomparso, di fronte agli immessi in possesso de' suoi beni, secondo che l'immissione sia stata soltanto temporanea, o sia stata invece definitiva, è ciò che vedremo nei numeri seguenti.

214. — " Se durante il possesso temporaneo l'assente " ritorna . . . . . *cessano gli effetti della dichiarazione di* " *assenza*, salve, ove sia d'uopo, le cautele di conservazione " e di amministrazione del patrimonio stabilite dall'art. 21.

" I possessori temporanei dei beni debbono farne restituzione con le rendite a norma dell'art. 31 ". Così dispone l'articolo 33 del codice civile.

È notevole che questa disposizione non si limita a dichiarare finita colla ricomparsa dell'assente la immissione in possesso temporaneo, che sia stata ottenuta dai presunti eredi di lui, ma, dice, in genere, cessare per questo fatto *gli effetti della dichiarazione di assenza*. Notammo infatti come questa produca altri effetti, quali sono l'aprimento della tutela dei figli minorenni dell'assente (art. 241, codice civile), e lo scioglimento della comunione di beni che sia stata convenuta tra l'assente stesso ed il coniuge suo (articolo 1441, cod. civ.); ed osservammo anzi che la immis-

sione in possesso, prima temporaneo e poscia definitivo, dei beni dell'assente, non è veramente uno degli effetti diretti della dichiarazione d'assenza; perchè, quantunque la presupponga, non deriva però immediatamente e di pien diritto da essa, neppure dopo il trascorrimento di sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza, richiedendosi un'apposita istanza, seguìta da corrispondente pronunzia del tribunale (1).

Che al ritorno dell'assente debbano cessare tutti gli effetti della dichiarazione d'assenza è troppo evidente, venendo allora a mancare ciò che costituisce la caratteristica fondamentale dell'assenza stessa in qualunque suo periodo, cioè la incertezza della esistenza della persona. Ciò però rende indubitabile che di fronte a quel fatto non può più sussistere neppure la *presunzione di assenza*. E se, ciò non ostante, è dichiarato nel testo rimaner " salve, ove sia " d'uopo, le cautele di conservazione e di amministrazione " del patrimonio, stabilite dall'articolo 21 " non è perchè possa aver luogo ancora la presunzione dell'assenza di chi è ritornato nel luogo di suo domicilio o di sua residenza, ma perchè può darsi caso che una ricomparsa momentanea, seguìta tosto da un nuovo allontanamento, lasci, se non il dubbio della vita della persona, almeno il bisogno di continuare a provvedere alla conservazione del suo patrimonio coi mezzi stessi che sono determinati per la presunzione di assenza dal citato articolo 21 del codice civile, fino a che un ritorno definitivo ponga la persona stessa in grado di provvedere ai propri interessi. In questo senso, e conformemente alla dizione del testo, crediamo che la riserva predetta, contenuta nell'ultimo inciso di questo primo paragrafo dell'articolo 33, possa essere applicabile anche al caso di *ritorno dell'assente;* quantunque l'applicazione di essa più ovvia, e che si presenterà più frequentemente, sia per l'altro caso, contemplato pure nel medesimo arti-

(1) V. sopra, n. 150, p. 539, n. 161, p. 597.

colo, che senza essere ricomparso l'assente, si abbia prova della esistenza di lui.

L'articolo 33 predetto accenna gli obblighi principali incombenti ai possessori temporanei dei beni nel caso di ritorno dell'assente; ma non fa menzione espressa di quello, che essendo comune a tutti gli amministratori di beni altrui, deve pure indubitatamente stare a carico degli immessi in possesso temporaneo, i quali di fronte all'assente ricomparso non possono considerarsi appunto che quali semplici amministratori del patrimonio di lui (1); l'obbligo cioè *di render conto della gestione* esercitata (arg. art. 1747, codice civile). D'altronde l'obbligo, menzionato nel secondo paragrafo dello stesso articolo 33, di *restituire i beni colle rendite, a norma dell'art.* 31, trae seco per necessità l'altro di render conto dell'amministrazione, al fine di dimostrare, col confronto dell'inventario, quali siano i beni alla cui restituzione abbia diritto l'assente ricomparso, e quali e quante siano le rendite percette, sulle quali sia dovuta all'assente la quota riservata in favore di lui dall'articolo 31.

Nel rendiconto dev'esser tenuta ragione anche dei risarcimenti di danni, che gl'immessi in possesso temporaneo debbano all'assente ricomparso, per inadempimento degli obblighi che loro incombevano nell'amministrazione ad essi affidata. Intorno che, non abbiamo che a riferirci a quanto già abbiamo dimostrato (2).

La cauzione, che dev'essere stata prestata dagl'immessi nel possesso temporaneo, a norma dell'art. 26 § 4°, rimane vincolata per l'adempimento di tutte le obbligazioni contratte in conseguenza di tale immissione, e durante il possesso temporaneo, da coloro che l'avevano ottenuto: rimane vincolata quindi per la restituzione, dovuta all'assente ricomparso, dei beni che gli appartengono e delle rendite a lui riservate, non che pel risarcimento di tutti i danni dei quali i possessori siansi resi responsabili nella gestione.

---

(1) V. sopra, n. 180, p. 754-755.
(2) V. sopra, n. 188, p. 829, 838.

Ma dal dì del suo ritorno in poi, l'assente non avrebbe più alcun diritto a tenere vincolata la cauzione per nuove obbligazioni che gl'immessi in possesso contraessero in dipendenza dell'amministrazione in cui li lasciasse continuare. L'assente ricomparso essendo rientrato immediatamente e di pieno diritto nell'amministrazione dei suoi beni, deve imputare a se stesso se non l'ha esercitata; essendo cessati gli effetti della dichiarazione d'assenza (art. 33 § 1, codice civile) e tra essi la immissione dei presunti eredi nel possesso temporaneo dei beni, manca per l'avvenire il fondamento della cauzione, che al solo scopo di ottenere quella immissione in possesso aveva dovuto essere prestata; e i nuovi crediti, che l'assente contragga lasciando continuare i possessori cessati nell'amministrazione dei beni, hanno causa da un nuovo mandato espresso o tacito da lui consentito, nè possono quindi considerarsi che come crediti meramente chirografari verso i mandatari stessi.

L'obbligo della *restituzione dei beni*, al quale espressamente accenna l'art. 33 § 2°, deve comprendere, come è evidente, tutto quanto, secondo i principii già altrove dimostrati, abbia formato oggetto della immissione in possesso temporaneo (1); e quindi, non solo i beni costituenti la sostanza capitale del patrimonio lasciato dall'assente, ma eziandio le rendite che ne fossero state percette dall'assente medesimo prima che cessasse di comparire nel luogo d'ultimo suo domicilio o d'ultima sua residenza, o dal procuratore di lui nell'intervallo tra l'allontanamento dell'assente medesimo e il giorno dell'ultima notizia della esistenza.

Codeste rendite — come osservammo nel luogo ultimamente citato — sarebbero da ritenersi confuse nella universalità dei beni lasciati dall'assente, avrebbero formato oggetto esse pure della immissione in possesso, come se fossero sostanze capitali del patrimonio, e la somma che

(1) V. sopra, n. 171, p. 691, 709.

le rappresentasse dovrebbe quindi essere restituita intieramente all'assente ricomparso, rimanendo soltanto agl'immessi in possesso la totalità od una parte, secondo i casi, degl'interessi che quella somma avesse prodotti. Invece le rendite percette *posteriormente al giorno da cui parte la presunzione di assenza*, ancorchè prima della effettiva immissione in possesso dei presunti eredi, cadendo — come pure dimostrammo nel luogo predetto — nel diritto, attribuito dalla legge agl'immessi nel possesso temporaneo, di ritenerle totalmente o parzialmente a loro profitto, non dovrebbero essere restituite all'assente ricomparso fuorchè secondo i casi e pel tempo determinati nell'articolo 31; al pari delle altre rendite che fossero state percepite durante la immissione in possesso temporaneo. A quelle, come a queste, è applicabile l'ultima parte dell'art. 33, ov'è detto che i possessori temporanei debbono restituire all'assente, che ritorna o di cui viene provata l'esistenza, i beni *con le rendite a norma dell'art.* 31.

Tutte le cose, che non avendo formato parte del patrimonio dell'assente al tempo della scomparsa o delle ultime notizie di lui, fossero poi venute ad aumentare il patrimonio medesimo durante l'assenza, per avvenimenti naturali, od anche per fatto degli immessi in possesso, accedendo ai beni che componevano quel patrimonio (art. 446, cod. civ.), sarebbero pure da comprendersi nella restituzione alla quale i possessori provvisionali sono obbligati, secondo l'espressa disposizione di detto articolo 33, § 2°. Ogni oggetto, che per qualunque titolo sia pervenuto ai presunti eredi dell'assente in forza dell'ottenuta immissione temporanea nel possesso dei beni di lui, dev' essergli dai detti possessori restituito, quand' egli ritorni o sia provata la sua esistenza; fatta eccezione unicamente per le rendite prodotte dopo il cominciamento della presunzione d'assenza che i possessori ritengono in tutto o in parte a loro profitto, secondo le disposizioni degli articoli 30 e 31. Nè per esimersi dall'obbligo della restituzione varrebbe neppure ai

possessori provvisorii l'addurre che dati oggetti non fossero realmente dovuti all'assente. Ciò non ostante, se quegli oggetti furono ricevuti dagli immessi in possesso temporaneo per tale loro qualità, ed in rappresentanza quindi dell'assente, vi è in ciò un titolo giuridico per quest'ultimo a poterli richiedere, mentre ai possessori temporanei mancherebbe una causa legittima per ritenerli; e di fronte all'assente ricomparso, o di chi lo rappresenti quando ne sia provata l'esistenza, trovandosi i possessori predetti nella condizione di mandatari, torna applicabile la massima generale stabilita rispetto a questi dall'art. 1747, cod. civile.

Corrispondentemente agli obblighi sopra cennati, i possessori provvisionali possono pure avere diritti esercibili verso l'assente ricomparso, o chi per lui. Così essi possono richiedere il rimborso delle spese che abbiano sostenute pei procedimenti occorsi onde far dichiarare l'assenza ed ottenere la immissione in possesso dei beni (1), per atti conservatorii fatti nell'interesse dell'assente, per giudizi possessorii o petitorii nei quali lo abbiano rappresentato, per straordinarie riparazioni fatte eseguire negli immobili, ed altre spese simili; ma debbono ritenere a loro carico quelle che essendo per la loro natura da considerarsi come inerenti ai frutti, hanno da computarsi a diminuzione di essi, e conseguentemente vanno sopportate intieramente, o per una parte proporzionata, dai possessori temporanei, secondo che essi abbiano goduto le rendite in totalità od in parte soltanto.

215. — Se l'assente ritorni, dopo che, a norma dell'art. 36 del codice civile, già sia stata pronunciata la immissione definitiva dei presunti eredi di lui nel possesso dei beni, i diritti ch'egli può esercitare sono determinati dall'art. 39 con regole differenti, secondo che i beni lasciati dall'assente siano ancora presso i possessori predetti, o

---

(1) V. sopra, n. 179, p. 746, 753.

siano stati trasmessi a terze persone. Dice infatti quell'arcolo: " Se dopo l'immissione nel possesso definitivo, l'as-
" sente ritorna od è provata la sua esistenza, egli *ricupera*
" *i beni nello stato in cui si trovano, ed ha diritto di conse-*
" *guire il prezzo di quelli alienati, ove sia tuttora dovuto, od*
" *i beni nei quali sia stato investito* ".

Queste norme sono conformi alle teorie generali, che a luogo opportuno abbiamo spiegate, relativamente agli effetti della immissione in possesso definitivo (1).

Dicemmo allora non sembrare giustificata dalle parole nè dallo spirito della legge l'opinione, sebbene generalmente invalsa, che con tale immissione in possesso definitivo venga trasmessa a coloro che l'ottengono la proprietà dei beni lasciati dall'assente, salvo che tale proprietà sia da reputarsi *revocabile* nel caso che l'assente ritorni, o se ne ricevano notizie, limitandosi però gli effetti della revocazione all'avvenire, senza alcuna retroattività.

Dicemmo che invece i presunti eredi dell'assente, anche quando siano immessi definitivamente nel possesso dei beni, non hanno mai sovr'essi un vero diritto di proprietà, sia pure revocabile; ma ne hanno appunto semplicemente *il possesso*, al quale però per eccezionale beneficio di legge sono annessi speciali diritti e poteri, simili agli attributi della vera e piena proprietà, talchè ai possessori competono le più ampie facoltà di libera amministrazione, e quelle ancora di libera disposizione dei beni.

Da ciò segue naturalmente che gli atti di disposizione, legittimamente compiuti dai possessori definitivi, a senso dell'art. 37, codice civile, non potendo essere impugnati dall'assente che ritorni, non debba essere mai lecito a lui di agire contro terze persone per rivendicare i beni dei quali esse abbiano acquistata dagli immessi in possesso la proprietà, sia poi a titolo oneroso od a titolo gratuito; nè di far dichiarare liberi i beni rimasti presso i possessori

---

(1) V. sopra, n. 206, p. 924, 928.

medesimi dai diritti reali di servitù, d'ipoteca, od altri, che essi vi abbiano costituiti. Ne segue del pari che gli atti di libera amministrazione, effettuati dagli immessi in possesso definitivo, non possano mai dar luogo ad alcuna censura, nè quindi ad alcun risarcimento, a pro dell'assente ricomparso, dei danni che fossero derivati da quell'amministrazione, qualunque fosse la colpa che in essa potesse essere rimproverata ai possessori medesimi. E a questa massima corrisponde infatti la disposizione dell'art. 39, che stabilisce doversi l'assente ricomparso contentare di *ricuperare i beni nello stato in cui si trovano* presso gli immessi nel possesso definitivo.

Segue pure dalle medesime teorie, che dal momento in cui cessi l'assenza dovendo aver fine anche gli effetti che ne derivavano a vantaggio di coloro ch'erano stati definitivamente immessi nel possesso dei beni, non possano costoro aumentare il proprio patrimonio a detrimento della sostanza capitale di quello dell'assente; e che perciò spetti all'assente il diritto, espressamente riservatogli dall'art. 39, *di conseguire il prezzo dei beni che siano stati alienati, o ne sia tuttora dovuto*, o gli altri beni nei quali quel prezzo sia stato investito.

Dal complesso delle disposizioni contenute nel detto articolo si rileva così agevolmente quale sia lo spirito di esse. Conservare valido e irretrattabile tutto ciò che sia stato fatto dagl'immessi nel possesso definitivo; tener questi liberi da qualsiasi responsabilità pei fatti da loro compiuti, e non permettere ch'essi subiscano perdite sul proprio patrimonio personale: d'altra parte però non permettere nemmeno ch'essi possano in alcun modo aumentare il patrimonio proprio a danno della sostanza che componeva quella dell'assente ritornato. Ecco le idee fondamentali, a cui fu coordinato tutto il sistema adottato dalla legge in questo argomento (1). E nello svolgere le applicazioni di

(1) V. Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, c. XX, s. VI, § 1; Demolombe, t, II, n. 164; Laurent, t. II, n. 233.

cui esse sono suscettibili, ci atterremo alla distinzione, risultante dal testo stesso dell'art. 39, tra il caso che al ritorno dell'assente i beni lasciati da lui si trovino ancora presso gli immessi in possesso definitivo, e l'altro che quei beni siano stati alienati.

216. — Qualora nel tempo in cui l'assente ricomparisca, od in cui costituisca un procuratore per rappresentarlo ed amministrare i beni — poichè, come vedemmo, l'uno di questi casi è da equipararsi all'altro (1) — i beni che l'assente medesimo aveva lasciati, e quelli che per accessione fossero venuti ad aggiungervisi ed aumentarli, esistano ancora in natura presso coloro che ne avevano la definitiva immissione in possesso, l'assente ricomparso, o in rappresentanza di lui il suo procuratore, ha il diritto di ricuperarli, prendendoli però *nello stato in cui si trovano*. Tale è la espressione testuale dell'art. 39 del codice civile; espressione generale ed assoluta, che perciò si applica così alla condizione materiale, come alla condizione giuridica dei beni predetti, si estende tanto al caso di miglioramento, che a quello di deteriorazione di essi, in qualunque tempo possa essere avvenuta codesta deteriorazione e indipendentemente da qualsiasi considerazione della causa dalla quale i mutamenti verificatisi possano essere proceduti.

Sia che la condizione dei beni si trovi avvantaggiata materialmente o giuridicamente, o che al contrario si trovi peggiorata in confronto di quella che era al tempo della immissione in possesso, e sia che il miglioramento o il peggioramento sia derivato da cause naturali, o piuttosto da fatto o da colpa dei possessori, la massima è sempre identica; l'assente ricomparso, o per lui il procuratore che egli abbia costituito, ricupera i beni *nello stato in cui si trovano*, col benefizio dei miglioramenti, se si siano avverati, col danno irrisarcibile delle deteriorazioni, se siano

(1) V. sopra, n. 213, p. 975.

avvenute, ancorchè queste siano attribuibili a fatto od a negligenza degli immessi in possesso definitivo. Tutto ciò è conseguenza naturale del carattere e degli effetti attribuiti dalla legge a questa immissione definitiva, la quale, sebbene non arrechi a favore di coloro che la ottengono una vera trasmissione di proprietà dei beni lasciati dall'assente, conferisce però, insieme a quel possesso, poteri eccezionali, di libera amministrazione non solo, ma eziandio di libera disposizione, esime i possessori definitivi da qualunque sindacato, da qualunque responsabilità, non lascia luogo a dover essi subire perdite sul loro patrimonio personale, mentre d'altro lato non consente però neppure che si arricchiscano a detrimento della sostanza capitale dell'assente.

Così, quanto ai miglioramenti che dipendano da avvenimenti naturali, se intorno ai beni facenti parte del patrimonio dell'assente siansi formate alluvioni, queste pure, accessoriamente ai beni stessi, spetteranno all'assente ricomparso, pel diritto che egli ha di ricuperare i beni *nello stato in cui si trovano*, e quindi colle accessioni di cui sono aumentati. A qual titolo le riterrebbero gli immessi in possesso definitivo? È la proprietà della cosa che attribuisce diritto su quanto ad essa si unisce per accessione (art. 443, cod. civ.); e la proprietà dei beni che l'assente aveva lasciati è sempre rimasta a lui, non ostante che di quei beni fosse stato dato ai suoi presunti eredi il possesso definitivo; e ricomparendo egli rientra pienamente in tutti i suoi diritti di proprietà, e perciò anche in quelli di accessione. Se fosse altrimenti, i possessori definitivi aumenterebbero il loro patrimonio a detrimento della sostanza capitale dell'assente; ed è ciò che la legge non ha voluto.

Anche i miglioramenti e le accessioni, che i beni dell'assente avessero ricevuto *per fatto degli immessi in possesso definitivo*, cadrebbero sotto l'applicazione degli stessi principii. Incorporati quei miglioramenti, unite quelle accessioni ai beni dell'assente, non possono che appartenere a

lui, che è il proprietario della cosa principale (art. 446, codice civ.), e che ricomparendo ha il diritto di ricuperare i suoi beni *nello stato in cui si trovano*. Ma sarà egli almeno tenuto a rimborsare le spese necessarie od utili, che i possessori abbiano sostenute per procurare quei miglioramenti, per eseguire quelle piantagioni, costruzioni ed altre opere, delle quali l'assente ricomparso approfitta per diritto di accessione? Se n'è dubitato, e qualche motivo di dubbio vi è veramente; perciocchè, essendo attribuito dalla legge all'assente ricomparso il diritto di *ricuperare i beni nello stato in cui si trovano*, sembrerebbe sostenibile che a nulla dovesse essere tenuto l'assente per l'esercizio di questo diritto suo, e che d'altra parte l'eventualità di avvantaggiarsi dei miglioramenti procurati per fatto degli immessi in possesso fosse contrabilanciata per lui dalla eventualità contraria di perdere senza possibilità di risarcimento per le deteriorazioni che i possessori stessi avessero apportate ai beni coi fatti o colle negligenze loro. Ma l'opinione degli autori è favorevole agli immessi in possesso, ai quali viene riconosciuto " il diritto al rimborso delle spese necessarie " od utili; a meno che per la stessa natura loro, o in forza " delle circostanze, siano da considerarsi come oneri dei " frutti „ (1). E veramente sembra questa la teoria da adottarsi. Le spese sostenute dagli immessi in possesso erano esse necessarie per conservare i beni dell'assente, o per metterli a profitto? E allora devono riguardarsi come costituenti un *onere dei frutti*, perchè da questi le preleva ogni buon amministratore; devono riguardarsi come fatte nell'interesse degli stessi possessori dei beni dell'assente, ai quali perciò non ha da competere contro di lui verun diritto a rimborso. O si tratta invece di spese fatte nell'interesse della proprietà per aumentarla o migliorarla? E allora giustizia vuole che l'assente ricomparso, ricuperando i beni

(1) V. Merlin, *Rép.*, v° *absent*, art, 138, § 11; Demolombe, t. II, n. 166; Zachariae, Aubry e Rau, t. I, 157, nª 10.

così aumentati o migliorati, rimborsi le spese che produssero tali vantaggi. Altrimenti la ricomparsa dell'assente cagionerebbe agli immessi al possesso dei di lui beni una perdita nel loro patrimonio personale; ciò che è contrario agli intendimenti del legislatore, non meno che l'ammettere che i possessori aumentino il patrimonio loro a detrimento di quello dell'assente ricomparso. D'altronde l'articolo 450 del codice civile obbliga il proprietario del fondo, sul quale siano state eseguite da un terzo in buona fede piantagioni, costruzioni od altre opere, a rimborsare o il valore dei materiali ed il prezzo della mano d'opera, oppure l'aumento di valore recato al fondo. Ora, non era forse in buona fede l'erede presunto, che in virtù di legge ottenne l'immissione definitiva nel possesso dei beni dell'assente, e non diviene egli *terzo* rimpetto all'assente ricomparso, rimasto sempre proprietario dei beni, e al quale deve restituirli? E perchè dunque dovrebbe essere derogato in tal caso al principio di giustizia consacrato in questo articolo 450? L'art. 39 dichiara bensì che l'assente ricomparso dopo la immissione definitiva dei suoi presunti eredi nel possesso dei beni, ricupera questi *nello stato in cui si trovano;* ma a tale principio si contraddirebbe qualora si negasse all'assente il diritto di prendersi, insieme ai beni che ricupera, le piantagioni, le costruzioni e le altre opere fatte dai possessori, qualora si ammettesse spettare ai possessori obbligati a restituire i fondi la facoltà di toglierne le piantagioni, le costruzioni o le altre opere che vi avessero fatte; non gli si contraddice punto col ritenere che l'assente, ricuperando i beni nello stato in cui sono, debba però risarcire i possessori di quanto hanno speso per migliorarli, a diminuzione del loro patrimonio personale, od almeno di quanto hanno aumentato, a scapito di questo, il valore dei beni dell'assente medesimo. L'intendere altrimenti le parole dell'art. 39 sarebbe interpretarle in senso opposto allo scopo, che con quella disposizione ebbe in mira il legislatore, il quale si propose di proteggere gli

immessi in possesso definitivo, esimendoli da qualsiasi responsabilità per quanto avessero operato usando dei diritti ad essi conceduti dalla legge, ancorchè ne fosse derivato danno ai beni dell'assente, e perciò solo dichiarò dover questo riprendere i suoi beni *nello stato in cui si trovano;* ma non volle certamente attribuire all'assente ricomparso il diritto di avvantaggiarsi a detrimento del patrimonio personale degli immessi in possesso definitivo, facendo proprii. per esempio, i fabbricati da essi costrutti a loro ingenti spese sopra fondi che ne mancavano, senza essere tenuto a corrisponderne verun compenso.

Sembra poi che gli stessi principii possano essere applicabili per identità di ragioni anche ai miglioramenti, la cui causa immediata consista in avvenimenti naturali, ma che indirettamente siano stati procurati dagli immessi in possesso con opere eseguite a loro spese. Suppongasi che l'alluvione, dalla quale sia rimasta considerevolmente aumentata l'estensione di un fondo dell'assente, sia stata favorita da lavori importanti fatti eseguire dagli immessi in possesso definitivo, senza i quali lavori quell'alluvione non sarebbesi verificata. Se non si trattasse che di quelle modiche spese, le quali si fanno ordinariamente a carico dei frutti, non sarebbe certamente il caso di potersene dagli immessi in possesso chiedere il rimborso. Ma se invece essi avessero fatte eseguire opere notevoli di difesa, o di ripulsione della corrente delle acque, dal che appunto fosse stata prodotta l'alluvione, l'assente ricomparso, approfittando di questa, non potrebbe esimersi dal rimborsare agli immessi in possesso o le spese effettive da essi sostenute pel valore dei materiali e pel prezzo della mano d'opera, o l'aumento di valore recato al fondo. Ciò non ammetterebbe dubbio qualora le opere fossero state fatte sul fondo stesso dell'assente, il quale divenendo proprietario di quelle opere per diritto di accessione, dovrebbe assoggettarsi alla disposizione dell'art. 450, cod. civ. per le ragioni già dimostrate superiormente. Ma quand'anche l'immesso in possesso avesse

fatte eseguire in un proprio fondo superiore le opere, che avessero prodotta l'alluvione nel fondo inferiore spettante all'assente, crediamo che questi dovrebbe pure sempre, per giustizia, e conformemente anche allo spirito della legge positiva, corrispondere un rimborso, senza il quale egli riuscirebbe ad accrescere il proprio patrimonio a detrimento di quello dell'immesso in possesso.

Può avvenire che per diritti acquistati in virtù di stipulazioni degli immessi in possesso, il patrimonio lasciato dall'assente si trovi accresciuto, quantunque in nessuno dei beni che lo compongono siasi verificato alcun cangiamento di condizione materiale, quando, per esempio, dai possessori medesimi sia stato acquistato per l'uso e l'utilità di fondi appartenenti all'assente qualche diritto di servitù prediale sopra fondi altrui. In simil caso è indubitabile che l'assente ricomparso avrà diritto alla servitù attiva, divenuta legittimamente ed a perpetuità inerente al fondo dominante, che l'assente ricomparso ricupera *nello stato in cui è*, come tutti gli altri suoi beni che ancora si trovino presso gli immessi in possesso definitivo; nè certamente sarebbe ammissibile che a costoro, dopo il ritorno dell'assente, rimanesse la facoltà di liberare il fondo servente, consentendo col proprietario di esso alla revocazione del contratto, col quale la servitù era stata costituita. Finchè l'assenza durava, gli immessi in possesso definitivo erano investiti dei poteri di libera amministrazione e libera disposizione dei beni lasciati dall'assente; ed hanno quindi potuto legittimamente acquistare e rendere inerenti ai fondi le servitù prediali stipulate per l'uso e l'utilità di questi. Ritornato l'assente, ogni facoltà di disposizione dei beni è di pien diritto cessata per coloro che n'erano stati immessi in possesso definitivo; ed atto di disposizione sarebbe infatti quello per cui si spogliasse il fondo dominante, che l'assente ricomparso ha diritto di ricuperare nello stato in cui si trova, della servitù prediale che vi è inerente. Ma qualora il diritto di servitù fosse stato acquistato a titolo oneroso

dagli immessi in possesso, avrebbero essi il diritto di esigere dall'assente il rimborso della somma che avessero pagata, od un compenso per ciò che avessero dato altrimenti del proprio in correspettivo della costituzione di servitù conceduta dal proprietario del fondo servente? Crediamo che un tale diritto di rimborso o compenso non possa essere negato senza offendere i principii di giustizia, e senza contraddire allo spirito della legislazione positiva, la quale — come vedemmo — se da un lato non ha permesso ai possessori definitivi di conservare alcun vantaggio proveniente dalla sostanza capitale dell'assente ricomparso, e li ha quindi obbligati a restituire a lui tutti i beni che ancora posseggano nello stato in cui si trovino, d'altro lato poi non ha voluto che i possessori stessi rimangano soggetti ad alcuna perdita nel patrimonio proprio; ciò che appunto avverrebbe se dovessero restituire all'assente i fondi, migliorati coll'acquisto fatto di servitù attive per l'uso e l'utilità di essi, senza avere diritto ad essere rimborsati delle somme che avessero spese per tale acquisto, o ad ottenere congruo compenso pel correspettivo dato in altro modo a carico del loro patrimonio particolare; ad esempio per le servitù passive che avessero costituite sopra fondi propri, al fine di ottenere da altri la costituzione di servitù attive a vantaggio di fondi dell'assente.

Esaminiamo ora l'opposta ipotesi, che al ritorno dello assente i beni, ancora esistenti presso gli immessi nel possesso definitivo, si trovino deteriorati, o nella loro condizione materiale, o nella condizione giuridica.

Qualora la diminuzione di sostanza o di valore di questi beni sia derivata da avvenimenti naturali, senza dipendenza, nè diretta, nè indiretta, da fatto o da colpa degli immessi in possesso — come quando il fiume od il torrente abbia corroso in parte un fondo, od allagandolo l'abbia isterilito — è troppo chiaro non poterne ricadere il danno che a carico dell'assente ricomparso; perciocchè questi è rimasto sempre proprietario de' suoi beni, quan-

tunque dati, durante la sua assenza, in possesso definitivo ai presunti eredi, ed è principio elementare che ogni qualvolta avvenga per caso fortuito la perdita o la deteriorazione d'una cosa, ciò va sempre a danno di chi è proprietario di questa.

Ma, quando pure a produrre la perdita o la deteriorazione di qualcuno dei beni dell'assente avesse concorso il fatto o la negligenza degli immessi in possesso — quando essi, per esempio, avessero atterrate piantagioni, od abbattuti edifizi, o quando questi fossero crollati per non essere state curate a tempo debito le necessarie riparazioni — non è però men certo, come regola generale, che all'assente ricomparso non spetterebbe contro i possessori medesimi verun diritto a risarcimento. È stata intenzione del legislatore — come ricordammo in principio di questo numero — di esimere gli immessi in possesso definitivo da qualsiasi responsabilità per quanto abbiano operato circa i beni dei quali era data ad essi la libera amministrazione e la libera facoltà di disporre. Essi agiscono con poteri simili a quelli della vera e piena proprietà; ed a questo titolo non possono esser tenuti a rispondere neppure dell'*abuso* che abbiano commesso. Sarebbe stato lecito a loro distruggere mobili, alienare immobili e consumarne il prezzo, senza che l'assente, ritornando, avesse diritto a chiederne conto. E come dunque potrebb'egli lagnarsi, e pretendere risarcimenti, trovando ancora quei beni e potendoli ricuperare, sebbene deteriorati? Per ciò appunto fu espresso nell'art. 39 che l'assente ricomparso deve riprendere i suoi beni *nello stato in cui si trovano*, per escludere qualunque diritto di lui a ripetere risarcimento di danni, che in qualunque modo fossero stati arrecati a quei beni dai possessori.

Similmente, se i beni dell'assente abbiano subìte deteriorazioni, non già nella loro condizione materiale, ma giuridicamente, per diritti reali, d'usufrutto, di servitù, d'ipoteca od altri, a cui siano stati sottoposti in favore di

terze persone dagli immessi in possesso definitivo, l'assente ricomparso, non solo dovrà subire gli effetti di questi diritti reali legittimamente imposti dai possessori in virtù della libera facoltà di disporre ch'era loro attribuita dalla legge, ma neppure potrà richiedere dai possessori medesimi alcun risarcimento dei danni da essi arrecati con tali loro atti ai beni. Tornano anche qui applicabili le stesse considerazioni che rilevammo pel caso di deteriorazioni materiali inferite dai possessori. In conseguenza della immissione definitiva in possesso dei beni dell'assente avendo costoro acquistati sui detti beni speciali poteri, compresavi la facoltà di disporne liberamente (art. 37, cod. civ.), ed avendo perciò usato di un loro diritto coll'aggravare quei beni di carichi reali in favore di terze persone, non possono incorrere in veruna responsabilità; perciocchè niuno è da reputarsi arrecare ad altri un danno di cui debba risarcimento, allorchè non fa che esercitare un diritto proprio.

Ci sembrano questi i veri motivi delle massime che abbiamo accennate, quantunque gli autori, in generale, ne diano una spiegazione diversa. Sogliono essi giustificare l'irresponsabilità dei possessori definitivi per le degradazioni che abbiano commesse sui beni dell'assente, fondandosi sulla considerazione della *buona fede*, in cui è da presumersi che quei possessori abbiano agito riguardando oramai come estremamente improbabile il ritorno dell'assente; e citano l'autorità delle leggi Romane (LL. 20, § 6, 25, § 11, 31, § 3 D., *De haeredit. petit.*, dicendo analogo il caso in esse contemplato, a quello della immissione in possesso definitivo dei beni di un assente (1). Ci sembra però che non sussista veramente l'addotta analogia, nè sia esatto il parificare gli immessi in possesso dei beni di un assente, a possessori in buona fede ed a titolo di proprietà

---

(1) V. Duranton, t. 1, n. 509; Demolombe, t. II, n. 165; Laurent, t. II, n. 234.

di beni altrui. Le leggi Romane invocate riguardavano coloro che in buona fede possedessero un'eredità reputandosi veri eredi; e stabilivano ch'essi non erano tenuti a prestare a chi agisse contro di loro in petizione dell'eredità, quello di cui avessero diminuita, fosse anche per colpa propria, l'eredità stessa, salvo che ne avessero tratto un lucro pel patrimonio loro. " Consuluit Senatus bonae fidei " possessoribus, ne in totum damno adficiantur, sed in id " dumtaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. " Quemcumque igitur sumtum fecerint ex haereditate, si " quid dilapidaverunt, perdiderunt, *dum re sua se abuti* " *putant, non praestabunt* „. — " Justus possessor... sicut " sumtum quem fecit, deducit; ita si facere debuit, nec " fecit, culpae hujus reddat rationem; *nisi bonae fidei pos-* " *sessor est;* tunc enim *quia quasi rem suam neglexit, nulli* " *querelae subjectus est ante petitam haereditatem;* postea " vero, et ipse praedo est „. Trattavasi dunque di *veri possessori di buona fede,* ai quali la legge soccorreva per evitare che soffrissero diminuzione del loro patrimonio. Si trova forse in tale condizione il presunto erede posto in possesso definitivo dei beni all'assente? Egli non può qualificarsi veramente come *possessore di buona fede;* perchè tale è " chi possiede come proprietario in forza di un titolo " abile a trasferire il dominio, del qual titolo ignorava i " vizi „ (art. 701, cod. civ.); mentre egli non possiede *come proprietario* i beni dell'assente, quantunque su questi beni, datigli in semplice possesso, gli siano attribuiti dalla legge diritti speciali simili a quelli derivanti dalla vera proprietà; nè la sua qualità eventuale di erede presuntivo costituisce un titolo abile a trasferire il dominio, finchè non sia provato che la successione dell'assente siasi veramente aperta; e neppure ignora questa mancanza di titolo abile a trasferire il dominio, poichè sa di avere il solo possesso, quantunque definitivo, dei beni, sa che questi sono da riguardarsi tuttora come costituenti il patrimonio dell'assente, e sa di doverli rendere a lui, qualora da un momento all'al-

tro l'assenza cessi. Non è dunque per proteggere la buona fede del possessore, che sia da ritenersi la irresponsabilità di lui verso l'assente ricomparso per le perdite o deteriorazioni dei beni, o pei carichi reali, di cui li abbia aggravati, ma è per una ragione diversa e più forte: è perchè, quantunque semplice possessore, egli aveva però in virtù di legge sui beni dell'assente datigli in possesso definitivo diritti propri e poteri speciali, che giungevano fino alla libera facoltà di disporne, perchè quindi ha esercitato un suo diritto legittimo costituendo su quei beni oneri reali in favore di terzi, perchè non ha eccedute le sue facoltà di libera disposizione compiendo sui beni medesimi atti che li deteriorassero materialmente, od omettendo quelle diligenze che sarebbero occorse per ben conservarli, e perchè nessuno può mai essere tenuto a rispondere di ciò che abbia operato nell'esercizio legittimo dei propri diritti.

Tali diritti, tali poteri era necessario attribuire ai presunti eredi dell'assente allorchè ottengono la immissione nel possesso definitivo dei beni, per uscire una volta da uno stato di provvisorietà, che senza ciò potrebbe protrarsi indefinitamente, se non giungessero mai notizie positive nè di vita, nè di morte dell'assente; era necessario per dare un più stabile ordinamento al governo dei beni, e restituire questi al libero commercio: e se l'assente, ricomparendo, può trovare in conseguenza di ciò diminuito il proprio patrimonio, senza aver diritto a rifarsene con azioni per risarcimento contro i possessori, al cui fatto od alla cui negligenza siano da attribuirsi le deteriorazioni avvenute, egli deve accagionarne se stesso, avendo mancato per così lungo tempo di provvedere alle cose proprie.

Peraltro, la regola che agli immessi nel possesso definitivo non incomba verso l'assente ricomparso verun obbligo di risarcimento pei danni, che per fatto o colpa propria abbiano cagionati nei beni da essi posseduti, o pei carichi reali di cui gli abbiano aggravati in favore di terze per-

sone, non è così assoluta da non lasciar luogo ad alcuna eccezione. Ed una n'è infatti ammessa dalla dottrina pel caso che i possessori abbiano agito *con frode*, cioè sapendo che l'assente vivesse ancora allorchè disponevano dei beni, o con fatti od ommissioni loro li deterioravano.

" Le proposizioni relative ai rapporti tra l'assente e gli
" immessi in possesso — dissero i signori *Aubry* e *Rau* —
" cesserebbero di aver applicazione, se la *mala fede* di
" questi ultimi fosse chiaramente stabilita; nel qual caso
" essi dovrebbero rendere conto dei frutti, e sarebbero
" responsabili delle deteriorazioni provenienti dal fatto
" loro, e delle alienazioni che avessero consentite „ (1).

" Il principio stabilito dall'art. 132 — disse il *Laurent*
" — è fondato sulla *buona fede* degli immessi in possesso.
" Se essi avessero notizia dell'esistenza dell'assente, cesse-
" rebbero di essere proprietari, per non rimanere più che
" semplici depositari dei beni di lui „ (2).

Conveniamo nella massima, quantunque ci sembri suscettibile di obbiezioni il motivo, avendo esso per base l'idea, da noi reputata inesatta, che l'irresponsabilità dei possessori definitivi pei danni, ch'essi abbiano arrecati ai beni dell'assente, dipenda dal doverli riguardare come *possessori di buona fede*. In verità, codesta idea male si accorda coll'altra, ritenuta pure dai medesimi autori, che gli immessi in possesso definitivo abbiano un vero diritto di proprietà, sebbene revocabile, ma senza retroattività, sui beni dell'assente; giacchè, posto ciò, essi non potrebbero essere riguardati come semplici *possessori di buona fede* dei beni medesimi. A noi è sembrato che codesto concetto, d'una proprietà revocabile irretroattivamente, non sia quello del legislatore (3); e, per le ragioni dimostrate in questo stesso numero, ci è pure sembrato che gli immessi in possesso definitivo dei beni dell'assente non siano

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 157, p. 624.
(2) V. Laurent, t. II, 234.
(3) V. sopra, n. 206, p. 924, ss.

da parificarsi ai *possessori in buona fede di beni altrui.* Essi possiedono, non già come proprietari, in virtù di un titolo che per sè varrebbe a trasferire loro il dominio, se non fosse infetto da vizi da essi ignorati; ma possiedono in virtù di un titolo affatto speciale conferito loro dalla legge, che non è traslativo di dominio in loro favore, e tuttavia li investe di particolari diritti e poteri simili a quelli della proprietà vera sui beni dell'assente. Con tutto ciò crediamo incontestabile che qualora i possessori, avendo avuta notizia dell'esistenza dell'assente, cagionino dopo ciò per loro fatto o colpa deteriorazioni ai beni di lui, o consentano a vincolarli con diritti reali a favore di terzi, debbano rispondere del danno all'assente che ricomparisca; e crediamo che ciò possa giustificarsi senza ricorrere all'idea della cessazione della *buona fede* nel possesso, la quale costituisca il fondamento della irresponsabilità di coloro che ne hanno conseguita l'immissione definitiva. Invero, se i possessori hanno avuta conoscenza che l'assente vive ancora, è per ciò stesso cessata l'assenza, la quale suppone l'assoluta mancanza di notizie di lui (art. 20, cod. civile). Che importa se queste notizie non siano state divulgate, non siano divenute pubbliche? I possessori, che le hanno ricevute, non possono però considerarsi tuttora come padroni di disporre dei beni, che sanno oramai di dover restituire al loro proprietario. L'aversi notizia dell'esistenza dell'assente, non meno che il ritorno di lui, fa cessare gli effetti della dichiarazione d'assenza, e quindi anche quelli della immissione in possesso definitivo. Dal giorno in cui sanno che l'assente vive, coloro che ottennero l'immissione definitiva nel possesso dei beni non li posseggono più che *precariamente*, e rimangono quindi responsabili di ogni deteriorazione che da loro fatto o colpa provenga ai beni medesimi.

Un'altra eccezione alla regola d'irresponsabilità dei possessori definitivi sarebbe pure da farsi nel caso ch'essi avessero tratto lucro pel patrimonio proprio dalle deterio-

razioni apportate ai beni dell'assente; per esempio, se l'immesso in possesso avesse abbattute piantagioni in un fondo dell'assente per impiegarne il legname, o il prezzo ricavato dalla vendita, in riparazioni o nuove costruzioni sopra stabili propri, o se avesse costituita una servitù sopra un fondo dell'assente, stipulando in correspettivo altra servitù a vantaggio di un fondo proprio (1). Se, in tali casi, non avesse a spettare all'assente ricomparso verun diritto a compenso, verrebbe a verificarsi a profitto degli immessi in possesso un aumento del loro patrimonio, a detrimento di quello dell'assente: e ciò non sarebbe conforme all'intendimento del legislatore, il quale — come vedemmo in principio di questo numero — non volle permettere che l'immesso in possesso definitivo fosse soggetto, nel restituire i beni all'assente ricomparso, a subire alcuna perdita nel proprio patrimonio, ma neppure volle ammettere che potesse conservare alcun lucro proveniente dalla sostanza capitale dell'assente medesimo. È quello stesso temperamento di giustizia ch'era insegnata da una delle leggi Romane che abbiamo sopra ricordate: *Possessores non in totum damno adficiantur, sed in id dumtaxat teneantur, — in* QUO LOCUPLETIORES FACTI SUNT (l. 25, § 11, D., *De haered. petit.*). Il risarcimento, che l'assente ricomparso potesse reclamare, non sarebbe dunque però da commisurarsi al danno, alla diminuzione di valore, che si fosse verificata nei beni di lui per effetto del fatto, della negligenza, o degli atti del possessore, ma unicamente all'aumento di valore che quest'ultimo ne avesse conseguito nella sostanza capitale propria.

Qualora da ciò che abbia prodotto deteriorazioni nei beni dell'assente, l'immesso in possesso definitivo abbia realmente conseguito e conservato un lucro, un aumento di valore nel patrimonio proprio, e dopo che il credito corrispondente dell'assente ricomparso, verso il possessore

(1) V. DURANTON, t. I, n. 509; AUBRY e RAU, t. I, § 157, nª 8; LAURENT, t. II, n. 233.

obbligato a restituirgli i beni, sia stato liquidato; è fuori di dubbio che lo stesso assente ricomparso potrà opporre codesto suo credito liquido ed esigibile, all'altro, parimente liquido ed esigibile, che il possessore vantasse contro di lui per miglioramenti fatti a proprie spese nei beni restituiti. Ciò non è altro che l'applicazione pura e semplice dei principii comuni di diritto relativi all'estinzione dei debiti per compensazione. Ma alla domanda del possessore, pel rimborso delle spese di miglioramento fatte pei beni che restituisce, potrebbe l'assente ricomparso opporre le deteriorazioni, che il possessore avesse d'altra parte commesse nei beni medesimi, senza esser tenuto a provare che da quelle deteriorazioni avesse il possessore stesso tratto profitto in aumento della sostanza capitale propria? La questione è anzi stata formulata così: se tra le deteriorazioni da una parte, ed i miglioramenti dall'altra, possa farsi luogo *ad una specie di compensazione*, in forza della quale l'immesso in possesso e l'assente siano da riguardarsi come liberati da ogni obbligazione l'uno verso l'altro? E proponendola sotto questo aspetto, era troppo chiaro che l'unica risposta possibile era quella che realmente fu data: *non essere concepibile compensazione, esistendo un solo debito*, poichè l'immesso in possesso definitivo nulla deve all'assente per le degradazioni che abbia commesse sui beni di lui, mentre l'assente, al contrario, deve ricompensare i miglioramenti fatti su quei beni dal possessore.

Tuttavia l'autore, che proponeva e risolveva a rigor di diritto la questione nei termini predetti, soggiungeva “ che “ *in fatto* potrà esservi luogo ad un equo apprezzamento “ delle deteriorazioni e dei miglioramenti, e sarà talvolta “ sostenibile, non già che esista una compensazione legale “ tra le une e gli altri, ma che in fatto l'oggetto, quale in “ fine si trova essere veramente, non sia stato miglio- “ rato „ (1).

---

(1) V. Demolombe, t. II, n. 167.

Confessiamo però di non saper comprendere come, ritenendo infondata in diritto l'eccezione che l'assente ricomparso opponga all'azione promossa contro di lui dagli immessi nel possesso definitivo dei beni, per ottenere il pagamento del costo reale delle opere di miglioramento o dell'aumento di valore recato ai beni stessi, motivando tale eccezione per le deteriorazioni che i possessori abbiano d'altra parte cagionate, si possa tuttavia concedere all'autorità giudiziaria l'arbitrio di pronunciare *che i beni non siano da riguardarsi come migliorati*, contrariamente alla realtà del fatto, che si suppone provato dai possessori.

Certamente, l'opporre in tal caso la *compensazione*, nel vero senso legale, sarebbe un'assurdità manifesta; perchè la compensazione non può aver luogo, se non *tra due debiti ugualmente liquidi ed esigibili* (art. 1287, cod. civile). Ma non trattasi propriamente di ciò; sibbene d'una eccezione diversa, colla quale l'assente ricomparso vorrebbe difendersi dalla domanda degli immessi in possesso pei miglioramenti fatti ai beni, allegando le deteriorazioni ch'essi d'altra parte vi abbiano arrecate. Però, affinchè una simile eccezione fosse *ammissibile*, converrebbe che a qualche cosa potessero esser tenuti i possessori per le deteriorazioni allegate. Ora, poichè si suppone che dalle deteriorazioni dei beni dell'assente, ancorchè realmente avvenute, ed ancorchè attribuibili a fatto o negligenza dei possessori, questi non abbiano tratto alcun lucro, e poichè ciò stante essi non possono esser tenuti per tali deteriorazioni a nessun risarcimento in favore dell'assente ricomparso, sembra evidente l'*inammissibilità* dell'eccezione, che l'assente volesse dedurne. Gli immessi in possesso definitivo si liberano validamente restituendo all'assente ricomparso i beni *nello stato in cui si trovano*, senz'alcuna responsabilità pei deterioramenti, sebbene imputabili a fatto od ommissione di loro. Se per la circostanza ch'essi avessero d'altra parte fatte a spese della loro sostanza patrimoniale alcune opere di miglioramento in

quei beni, si avesse a tener conto delle deteriorazioni, e il tribunale potesse riguardare come non migliorati nel complesso i beni medesimi, e potesse negare ai possessori il rimborso delle spese sostenute, o del maggior valore con esse procurato, è chiaro che il risultato finale sarebbe di far scontare ai possessori le deteriorazioni, delle quali per legge non sono responsabili, e di privarli di un rimborso, a cui hanno diritto, assoggettandoli così ad una perdita effettiva nel loro patrimonio, contrariamente all'intenzione del legislatore.

Non verificandosi il caso eccezionale di frode, nè l'altro che i possessori abbiano tratto lucro dalle deteriorazioni da essi cagionate ai beni dell'assente, la massima che questi, ricuperandoli, debba prenderli *nello stato in cui si trovano* è da applicarsi senza distinguere se le deteriorazioni predette siano avvenute nel periodo dell'immissione definitiva, o piuttosto in quello dell'immissione temporanea in possesso; nè se durante l'uno o l'altro di questi periodi sia stata dagli immessi in possesso consentita la costituzione di servitù, ipoteche od altri diritti reali sui beni dell'assente (1). Vero è che fino a quando la immissione in possesso rimane nello stadio della provvisorietà, i possessori sono responsabili verso l'assente di qualunque danno che per inadempimento dei loro doveri d'amministrazione, sia con fatti, sia con ommissioni, abbiano arrecato ai beni dell'assente (2); vero è pure che nel medesimo stadio essendo vietato dall'art. 29, § 2, agli immessi in possesso di fare senza l'autorizzazione giudiziale qualsiasi atto che ecceda la semplice amministrazione, le costituzioni di servitù, di ipoteche e simili, per le quali non sia stata adempita quella formalità, sono da riguardarsi come nulle (3). Ma allorchè subentrando all'immissione temporanea quella del possesso definitivo, viene a cessare ogni

---

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 157, p. 623 in fine.
(2) V. sopra, n. 188, p. 829, ss.
(3) V. sopra, n. 182, p. 750.

responsabilità dei possessori verso l'assente, il quale, ricomparendo, non può che *ricuperare i beni nello stato in cui si trovano*, codesta cessazione di responsabilità deve naturalmente avvenire con effetto retroattivo, anche quanto agli atti compiuti dagli immessi in possesso quando questo era semplicemente temporaneo; non essendo coerente che rimanessero responsabili di ciò che avessero operato in precedenza relativamente ai beni dell'assente, coloro che oramai possono disporre dei beni medesimi con libertà piena, senza incorrere veruna responsabilità. È per questa principale ragione che, pronunziata l'immissione in possesso definitivo, lo scioglimento delle cauzioni ha effetto anche pel passato — come dimostrammo più ampiamente in altro luogo (1); — nè certamente, se dopo l'immissione definitiva continuasse ancora a sussistere la responsabilità dei possessori per le deteriorazioni causate per loro fatto o colpa nei beni dell'assente, sarebbe ammissibile quella liberazione immediata, definitiva e completa delle cauzioni, che deve aver luogo secondo la disposizione testuale dell'art. 36, cod. civile.

Relativamente poi agli atti, coi quali durante la immissione temporanea i possessori avessero costituiti diritti reali sui beni dell'assente, senzachè fosse adempita la formalità dell'autorizzazione giudiziale, la causa della nullità di quegli atti — la quale sussisteva finchè il possesso era puramente temporaneo, perchè i possessori non avendo altra facoltà libera che quella di semplice amministrazione erano soggetti per tutti gli atti che la eccedessero alla necessità dell'autorizzazione giudiziale, secondo il disposto dell'art. 29 § 2°, codice civile — quella causa di nullità è venuta a cessare allorchè il possesso essendosi trasmutato in definitivo i possessori acquistarono illimitata facoltà di disposizione dei beni. Nè sarebbe ragionevole che dopo ciò si potessero far annullare quelle costituzioni di diritti reali,

(1) V. sopra, n. 207, p. 935, 939.

che oramai erano in pieno potere degl'immessi in possesso. Aggiungasi inoltre che nei casi più frequenti, in cui simili costituzioni di diritti reali fossero state consentite a titolo oneroso, se l'assente ricomparso avesse il diritto d'impugnarle di nullità, perchè avvenute durante l'immissione in possesso temporaneo senza la formalità abilitante dell'autorizzazione giudiziale, competerebbe però a coloro che le avessero stipulate il regresso per guarentìa contro i possessori costituenti; i quali perciò — contrariamente all'intenzione del legislatore — si troverebbero esposti a subire, pel ritorno dell'assente dopo la immissione nel possesso definitivo, una perdita nel loro proprio patrimonio.

Si è dubitato se per applicazione del principio che l'assente ricomparso dopo l'immissione nel possesso definitivo *ricupera i beni nello stato in cui si trovano*, competa a lui anche il diritto di far proprie le pensioni d'affitto arretrate, che siano tuttora dovute dai locatari o conduttori. La risoluzione del dubbio è però assai facile; perciocchè “ i fitti “ e le pigioni dei fondi appartengono alla classe dei *frutti* “ *civili* „ (art. 444 § ultimo, codice civile), e questi *s'intendono acquistati giorno per giorno;* di guisa che le pensioni d'affitto riferibili secondo questa norma al tempo durante il quale gl'immessi in possesso definitivo godevano di tutte le rendite dei beni dell'assente, debbono in proporzione di quel tempo appartenere esclusivamente a loro, ancorchè solamente dopo la cessazione dell'assenza siano venute a scadere le rate convenute pel pagamento, e tanto più se essendosi verificata la scadenza durante l'immissione in possesso definitivo, il pagamento non venga effettuato che dopo il ritorno dell'assente (arg. art. 481, cod. civ.). Oltre di che fu giustamente osservato che l'opinione contraria condurrebbe all'assurdo di attribuire all'assente, ricomparso dopo l'immissione in possesso definitivo, il diritto di reclamare in totalità le pensioni d'affitto arretrate ma ancora insolute, mentre egli non avrebbe potuto che recla-

marne una parte qualora fosse ritornato durante l'immissione provvisoria (1).

Quanto ai *frutti naturali*, che fossero *pendenti* al tempo della ricomparsa dell'assente, è indubitabile che ricuperando egli i beni *nello stato in cui si trovano*, farebbe pure propri quei frutti *per diritto di accessione* (d. art. 444 § 1°, codice civile). Ma gl'immessi in possesso avrebbero diritto a ripetere il rimborso delle spese che avessero sostenute per ottenere la produzione di quei frutti; sia in virtù del principio generale, che per frutti non possono intendersi se non quelli che rimangono, depurati dalle spese, essi soli costituendo veramente la rendita del fondo; sia perchè altrimenti s'inferirebbe ai possessori una perdita nella sostanza loro propria.

La massima, che l'assente ricomparso ricupera i beni *nello stato in cui si trovano* presso gl'immessi in possesso definitivo, è naturalmente applicabile anche ai *crediti*, che facciano parte del patrimonio lasciato da lui. E qualora si tratti di somme o cose tuttora dovute dai debitori, non può esser dubbio che l'assente ricomparso ricuperi quali sono i crediti relativi. Se però fossero già stati eseguiti i pagamenti, o dopo l'immissione in possesso definitivo, od anche durante l'immissione temporanea, l'assente avrebbe diritto a ricuperare le somme o cose pagate, che provasse esistere ancora, o nella loro identità, o rappresentate da altre cose, presso i possessori: ma crediamo che nulla potrebbe ripetere per ciò che gli immessi in possesso definitivo avessero consumato, o che si trovasse confuso nel patrimonio dei medesimi possessori, in modo da non poterlo sceverare, nè provarne la provenienza dal patrimonio dell'assente stesso. Ciò sembra chiaro secondo la lettera e lo spirito della nostra legge.

L'art. 39 concede all'assente, che ritorna dopo l'immissione nel possesso definitivo, il solo diritto di *ricuperare i*

---

(1) V. Duranton, t. I, n. 507.

beni nello stato in cui si trovano; e necessariamente incombe a lui, che agisce, l'onere di provare che appartengono veramente al patrimonio suo le somme o le cose che vuole comprese nella ricuperazione. Se nell'esercitarla egli riesce a dimostrare che si trovano ancora presso gli immessi in possesso definitivo quelle identiche somme o cose che furono pagate dai debitori di lui, ha senza dubbio ragione di ricuperarle. Se prova anche solo che i pagamenti riscossi furono dai possessori convertiti nell'acquisto di determinate cose tuttora esistenti presso di loro, ha ragione di chiedere che gli siano date queste, come per espressa disposizione dello stesso art. 39, avrebbe diritto a conseguire i beni nei quali fosse stato investito il prezzo di quelli che dai possessori fossero stati alienati. Tutto questo è in pieno accordo col principio fondamentale adottato dal legislatore, che avvenuto il ritorno dell'assente non volle permettere che gli immessi in possesso definitivo arricchissero di nulla il patrimonio proprio a detrimento di quello dell'assente medesimo. Ma se ciò che è stato pagato dai debitori sia stato consumato dagli immessi in possesso, od almeno sia rimasto confuso nel patrimonio loro, in modo da riescire impossibile la prova che quanto si vorrebbe ricuperare provenga veramente dal patrimonio dell'assente, manca la condizione indispensabile per l'esercizio della ricuperazione; perchè od effettivamente non esiste più, od almeno non è dimostrato che si trovi ancora presso gl'immessi in possesso, quanto da essi fu riscosso pei crediti dell'assente. Così non sarebbe soddisfatto in questi casi ai termini stessi nei quali è concepita la disposizione del predetto art. 39; e tanto meno ne sarebbe soddisfatto lo spirito, giacchè avverrebbe, od almeno potrebbe avvenire, che per rendere all'assente ricomparso ciò che i debitori di lui avessero pagato agli immessi in possesso definitivo, questi fossero costretti a depauperare effettivamente il patrimonio proprio.

Una dottrina contraria fu professata in diritto francese,

ritenendo che il diritto di ripetere ciò che fosse stato pagato dai debitori competesse sempre, senza alcuna distinzione di casi, all'assente ricomparso, contro gl'immessi nel possesso definitivo che avessero ricevuti i pagamenti (1). Ma questa opinione traeva argomento principalmente dalla disposizione dell'art. 132 del codice Napoleone, che accordava all'assente ricomparso il diritto a ricuperare *il prezzo dei beni alienati*, senza distinguere se questo fosse stato, o no, già pagato dagli acquirenti agli immessi in possesso che avessero fatte le alienazioni; dal che si deduceva, con manifesta ragione di analogia, che parimente ciò che fosse stato dovuto *dai debitori diretti dell'assente* potesse formar oggetto di ricuperazione a favore di lui, ancorchè i debitori stessi ne avessero già eseguito il pagamento in mani degli immessi in possesso definitivo. All'opposto, il nostro art. 39 attribuisce all'assente ritornato il diritto di *conseguire il prezzo dei suoi beni alienati dai possessori*, sotto però la condizione espressa che tale prezzo *sia tuttora dovuto:* ond'è che non solo manca nel nostro articolo la base del ragionamento del *Duranton*, ma ne sorge anzi un argomento di più per l'opinione contraria.

217. — L'articolo ora ricordato, nella parte che concerne i diritti dell'assente ricomparso dopo la immissione dei presunti eredi nel possesso definitivo, in riguardo ai beni che siano stati trasmessi ad altri, attribuisce all'assente medesimo " il diritto di conseguire il prezzo dei beni alie-" nati, *ove sia tuttora dovuto*, od i beni nei quali sia stato " investito ".

La semplice lettura di questa disposizione suggerisce le seguenti osservazioni:

1° che tra i vari atti di disposizione dei beni, che possono essere stati fatti liberamente dagli immessi in possesso definitivo, giusta l'art. 37, non vi è contemplato altro che

(1) V. Duranton, t. I, n. 508.

l'alienazione della piena proprietà per contratto di compra e vendita, poichè vi si parla unicamente del diritto a conseguire *il prezzo*, ed i *beni nei quali il prezzo sia stato investito;* ma non sono considerati espressamente i casi possibili di alienazione per altri titoli onerosi — per esempio di permuta — nè quelli di alienazione a titolo gratuito, nè quelli di semplice costituzione di diritti reali, di servitù, di ipoteca, od altri, sui beni dell'assente;

2° che riconoscendo a favore dell'assente ricomparso il diritto di *conseguire il prezzo dei beni alienati, ove sia tuttora dovuto*, gli viene attribuita un'azione diretta contro i terzi acquirenti di quei beni, e debitori del prezzo; ma si lascia indeciso se e quando possa spettare all'assente il diritto di chiedere il prezzo agli immessi in possesso, i quali lo abbiano riscosso, e ne tengano ancora in loro mani la somma, od al contrario l'abbiano perduta o dissipata;

3° che prevedendo i casi nei quali i possessori, avendo riscosso il prezzo dei beni dell'assente da essi venduti, lo abbiano investito nell'acquisto di altri beni, si concede all'assente medesimo il diritto di rivendicare questi; ma non si sono considerate poi le ipotesi che i possessori avessero impiegato in diversa maniera quel prezzo, per esempio nell'estinguere debiti propri, o nell'eseguire opere di riparazione o di miglioramento sovra beni di loro particolare ragione, o nel costituire doti alle loro figlie, od in altra utilità propria.

Erano in parte diverse dall'art. 39 del codice Italiano le disposizioni dei codici anteriori.

Il codice pel regno delle Due Sicilie (art. 138), riproducendo alla lettera l'art. 132 del codice Napoleone, diceva che l'assente ricomparso dopo l'immissione definitiva in possesso " *ricupererà il prezzo dei beni che saranno stati alie-* " *nati*, ovvero i beni col prezzo medesimo acquistati ". Non vi si faceva alcuna distinzione tra il caso che il prezzo *fosse ancora dovuto, o fosse già stato pagato*. Qualcuno dei commentatori ne argomentava che l'assente ricomparso avesse

diritto ad esigere dai possessori il prezzo da essi riscosso, dei beni alienati, *quand'anche lo avessero dissipato* (1). L'opinione comune era contraria, ritenendo invece che in nessuna responsabilità potessero incorrere i possessori per aver perduto, fosse pure per loro colpa, il danaro ritratto dalla vendita dei beni dell'assente, dappoichè di questi beni erano liberi di disporre in qualunque modo (2). Ma prescindendo da tale questione, era certo che quei codici colla generalità delle surriferite disposizioni riconoscevano a favore dell'assente anche il diritto di farsi rendere dai possessori il prezzo che avessero riscosso pei beni alienati, qualora almeno fosse accertato che quel prezzo si trovasse tuttora in loro mani, o che fosse stato convertito in loro utilità effettiva ed anche attualmente esistente; il che non può dirsi del nostro art. 39, in cui si parla soltanto del " diritto di conseguire il prezzo, *ove sia tuttora dovuto* „.

Il codice parmense nell'art. 1064, prevedendo anch'esso il caso che i beni dell'assente fossero stati alienati dai possessori definitivi, stabiliva ch'egli ricupererebbe " *il prezzo* " *che fosse tuttora dovuto*, ovvero i beni col prezzo mede- " simo acquistati, *o il valore dei beni stessi*, *che potrà dimo-* " *strare trovarsi tuttora convertito in utilità di chi ebbe il* " *possesso definitivo* „. Così a tutto era provveduto, pel caso almeno che i beni dell'assente fossero stati venduti. Se il prezzo di vendita convenuto dagl'immessi in possesso definitivo era ancora insoluto, le ragioni del credito corrispondente, contro gli acquirenti, spettavano all'assente ricomparso; se il prezzo riscosso dai possessori era stato da essi investito nell'acquisto di altri beni, l'assente aveva diritto di rivendicare questi; se era stato convertito in altro uso, e l'assente provava che questo era di utilità effettiva ed attuale pei possessori medesimi, egli aveva diritto di esigere da loro, la somma corrispondente, non già al prezzo

(1) V. Valette *sur* Proudhon, t. I, c. XX, s. VI, § 1, p. 329, nª *b*.
(2) V. Demolombe, t. II, n. 171; Laurent, t. II, n. 235, p. 299.

convenuto, ma *al valore* di cui fosse dimostrato essersi arricchito il patrimonio proprio dei possessori; se all'opposto non era provato che essi ne avessero ritratto alcun utile, che anche attualmente sussistesse, a nulla erano tenuti verso l'assente ricomparso.

Nel primo progetto del codice Albertino era stato proposto di stabilire che " l'assente ricupererà i beni nello " stato in cui si troveranno, od *a scelta di chi ha ottenuta* " *la definitiva immissione, il prezzo di quelli alienati, ovvero* " *col prezzo medesimo acquistati* „.

Nella discussione seguìta su questa proposta nel Senato di Piemonte si manifestò una dissidenza. La minoranza riteneva " che bastasse lasciare all'assente ..... il diritto " di ricuperare i suoi beni nello stato in cui si trovassero, " *il prezzo loro, se ancora esistesse, o fosse dovuto*, o gli sta- " bili che risultassero comperati con quel danaro „. La maggioranza al contrario riteneva doversi *in qualunque caso* rendere all'assente ricomparso, dagli immessi in possesso definitivo, il prezzo che avessero riscosso per la vendita di beni di lui, ancorchè quel prezzo più non esistesse, nè fosse stato convertito in un uso tuttora utile pei possessori medesimi. La Commissione osservò: " non avere " essa esitato a credere *doversi il prezzo dei beni stati alie-* " *nati restituire in tutti i casi*, e solo dover essere irrevoca- " bile l'alienazione dei beni fatta a terze persone: sotto " questo aspetto intendersi l'espressione che l'assente do- " vesse ricuperare i beni nello stato in cui si trovano: *il* " *prezzo però di quelli stati alienati doversi sempre rappre-* " *sentare*, perchè altrimenti sarebbe riuscita troppo facile " la rovina dell'assente, e colla sola disposizione del prezzo " si sarebbe ristretto l'obbligo della restituzione, convali- " dandosi così il dolo e la frode „ (1). E col proposito di rendere più chiari questi concetti, fu modificata la formola

(1) V. Astengo ed altri, *Cod. civ. confrontato*, ecc., vol. I, art. 39, § V, p. 336, 339.

dell'articolo, che prese il numero 96, dicendo che l'assente
" *avrà diritto alla rappresentazione del prezzo dei beni stati*
" *alienati*, ma se questo prezzo fosse stato impiegato in
" acquisto di altri beni, la persona che avrà ottenuta la
" definitiva immissione in possesso, potrà, a sua scelta, o
" rappresentare il prezzo suddetto, o rilasciare i beni col
" medesimo acquistati „. La regola era dunque *sempre*,
che l'assente ricomparso avesse *diritto di chiedere agl'immessi in possesso definitivo il prezzo che avessero pattuito per la vendita dei beni di lui:* solo, per eccezione, qualora i possessori avessero impiegato quel prezzo nell'acquisto d'altri beni, era *facoltativo a loro* di liberarsi dalla obbligazione rilasciando invece i beni acquistati.

La disposizione dell'art. 64 del codice Estense, tratta in parte dal 1064 del Parmense, in parte dal 96 dell'Albertino, fu però più imperfetta sì dell'uno che dell'altro, essendovisi dichiarato che l'assente ricomparso " ha diritto
" al *prezzo tuttora insoluto* dei beni già alienati; o se questo
" fosse stato impiegato in acquisto di altri beni, la persona
" che ha ottenuta la definitiva immissione in possesso, può,
" a sua scelta, o sborsare il prezzo medesimo, o rilasciare
" i beni con quello acquistati „. Così non si stabiliva, come nel codice Albertino, la regola generale che l'assente potesse *sempre* richiedere agli immessi in possesso definitivo il prezzo pel quale avessero venduti i beni di lui; e limitandosi a parlare dei casi che il prezzo fosse *tuttora dovuto* dagli acquirenti, o che avendolo riscosso i possessori lo avessero investito nell'acquisto di altri beni, si trascuravano le altre ipotesi, prevedute dal codice Parmense, che i possessori avessero impiegato il danaro in altri usi la cui utilità per loro sussistesse tuttora, od invece avessero perduto, fosse anche per loro colpa, il danaro stesso.

I progetti pel codice Italiano presentati dai ministri *Cassinis* e *Miglietti* accordavano all'assente ritornato " il di-
" ritto di conseguire il prezzo dei beni alienati, eccettochè
" il medesimo si fosse in tutto od in parte perduto per caso

" fortuito e senza colpa di chi ha ottenuta l'immissione
" nel possesso dei beni „ e soggiungevano che " se il prezzo
" fosse stato impiegato in acquisto di altri beni, si potrebbe,
" a scelta dell'obbligato, rappresentare il prezzo, o rila-
" sciare i beni col medesimo acquistati „. Era sempre il solo caso di alienazione a titolo di compra e vendita, che si prendeva a considerare; ma per esso si provvedeva completamente, statuendo per regola generale il diritto dell'assente ricomparso a conseguire dagl'immessi nel possesso definitivo il prezzo dei beni che avessero venduti, facendo eccezione a questa regola solamente quando i possessori stessi provassero di aver perduto in tutto od in parte quel prezzo per caso fortuito, e senza loro colpa; e qualora avessero impiegato il prezzo riscosso nell'acquisto di altri beni, concedendo loro la facoltà di liberarsi dall'obbligazione di rendere il prezzo, rilasciando invece i beni acquistati.

Dal progetto *Pisanelli* fu mutata la disposizione, formulandola negli identici termini coi quali è stata poi riprodotta nell'art. 39 del codice vigente. E volendo spiegare i motivi di questo cangiamento, autorevoli commentatori affermarono " avere il legislatore considerato che *si era detto*
" *quanto occorreva dire*, allorchè si era dichiarato avere
" l'assente diritto di conseguire il prezzo dei beni alienati,
" ove fosse tuttora dovuto. Colla scorta poi dei principii
" generali avrassi da decidere, nei singoli casi che si pre-
" sentino, se l'immesso nel possesso dei beni sia tenuto
" pel prezzo da lui ricavato colle alienazioni, e che sia
" andato perduto „ (1).

Che su questo e sugli altri punti, intorno ai quali l'art. 39 non ha date precise disposizioni, si debba ricorrere ai principii generali, non è certamente da porre in dubbio; ma che in questo articolo non si siano veramente risolute tutte le difficoltà che l'argomento poteva presentare, che invece siasi ommesso affatto di considerare parecchi punti, che

---

(1) V. Astengo ed altri, *Cod. civ. confrontato*, vol. 1, art. 39, § IV, p. 336.

possono lasciar luogo a dubbiezze circa i rapporti tra l'assente ricomparso dopo la immissione nel possesso definitivo, ed i possessori che abbiano fatti atti di disposizione dei beni di lui, ci sembra di averlo dimostrato abbastanza in principio di questo numero.

Ed ora ci proponiamo di esaminare in primo luogo le disposizioni espresse dell'art. 39 intorno ai diritti dell'assente, nei casi che alcuni dei suoi beni siano stati alienati dagli immessi in possesso definitivo, per determinare quale sia la retta interpretazione delle disposizioni stesse e la estensione da darsi alla loro applicazione; riservandoci di scendere poi alle questioni, che non potendo essere risolte col testo di quell'articolo, debbono essere decise secondo i principii generali di questa materia.

Già notammo che coll'accordare all'assente ricomparso il *diritto di conseguire il prezzo dei beni alienati, ove sia tuttora dovuto*, il legislatore venne ad attribuirgli un'*azione diretta contro i terzi acquirenti pel pagamento di quel prezzo.* Così però non fu inteso questo testo di legge da un illustre commentatore, il quale disse che " il prezzo non ancora " pagato *è sequestrato a favore del reduce proprietario*: cosa " semplice „ (1).

E con questa parola impropria, di *sequestro*, l'autore volle probabilmente significare che il credito del prezzo rimanga proprio degl'immessi in possesso definitivo, dai quali fu stipulato, e sia contro di loro veramente che spetti all'assente ricomparso il diritto di conseguire quel prezzo: se non che la legge conceda a lui facoltà di esercitare contro i terzi acquirenti l'azione pel pagamento, come nell'articolo 1234 del codice è data facoltà ai creditori di esercitare, pel conseguimento di quanto loro è dovuto, tutti i diritti e le azioni del debitore. Nè vorremmo negare che secondo i principii generali di diritto una simile spiegazione potesse apparire soddisfacente. Ma

(1) V. Borsari, *Commentario*, art. 36, 39, vol. I, § 173, p. 248.

crediamo che questa speciale disposizione dell'articolo 39, avuto riguardo agli stessi suoi termini, ed alle basi adottate dal legislatore nel regolare la materia di cui esso articolo tratta, debba essere intesa diversamente; nel senso cioè, non già di una specie di *azione surrogatoria*, conceduta all'assente ricomparso, conformemente alla massima generale dell'art. 1234, ma di un'*azione diretta* conferita all'assente medesimo contro i terzi acquirenti dei beni venduti dagli immessi in possesso definitivo. Diciamo che codesta interpretazione trova appoggio nella stessa espressione letterale della legge; perchè infatti essendovi detto che l'assente *ha diritto di conseguire il prezzo dei beni alienati, ove sia tuttora dovuto*, è naturale intendere che abbia diritto di conseguirlo da quelli appunto che lo devono, cioè dai terzi acquirenti. Diciamo inoltre che ciò è conforme ai principii stabiliti dalla legge relativamente ai rapporti tra l'assente ritornato e gl'immessi in possesso definitivo dei di lui beni. E ci sembra agevole il dimostrarlo, anche supponendo essere state fatte le alienazioni dai possessori definitivi in loro proprio nome; chè se invece avessero venduti i beni dichiarandoli appartenenti all'assente, e stipulandone in nome di lui il prezzo, sarebbe troppo evidente che a lui solo spetterebbe l'azione per conseguirlo. Vedemmo che intendimento del legislatore, nel regolare le relazioni tra l'assente ricomparso e coloro che erano stati immessi in possesso dei beni, fu d'impedire che costoro avvantaggiassero in qualunque modo il loro patrimonio a detrimento di quello dell'assente, nel tempo stesso che non volevasi permettere che la sostanza patrimoniale propria dei possessori subisse una diminuzione quale che fosse in causa dell'inatteso ritorno dell'assente. Ora, se il credito pel prezzo dei beni alienati dell'assente si considerasse come appartenente ai possessori, è chiaro che il patrimonio di costoro si troverebbe aumentato d'un'attività che rappresenta una parte del patrimonio dell'assente, giacchè il prezzo rappresenta i beni, in correspettivo dei quali è

pattuito; e considerando invece il credito del prezzo come direttamente spettante all'assente medesimo, non si fa che reintegrare, nel modo che è ancora possibile, il patrimonio di lui, impedendo che una parte ne vada ad arricchire quello dei possessori. Nè reputiamo priva d'interesse giuridico la definizione di questo punto, d'essere conferita dall'art. 39 all'assente ricomparso un'azione diretta contro i terzi acquirenti debitori del prezzo dei beni alienati in loro favore, anzichè d'un'azione surrogatoria nelle ragioni degl'immessi in possesso definitivo che abbiano convenuta la vendita. Coll'azione surrogatoria, di cui parla l'art. 1234, non si può essere autorizzati ad agire, se non quando il debitore, le cui ragioni si vogliono esercitare, rifiuti o trascuri d'esercitarle egli stesso; e il benefizio poi della surrogazione non attribuisce a chi l'abbia ottenuta alcun diritto di preferenza a fronte degli altri creditori concorrenti od opponenti, tra i quali tutti devesi distribuire per contributo il profitto del diritto o dell'azione che ha formato oggetto di surrogazione — eccettochè sussistano speciali cause legittime di prelazione — secondo la regola generale stabilita nell'art. 1949, codice civile. Ritenendo invece che l'assente ricomparso abbia azione diretta contro i terzi acquirenti pel pagamento del prezzo, ch'essi debbano per vendite fatte a loro favore dagl'immessi nel possesso definitivo, non può esser lecito a questi ultimi di prevenire o troncare l'esercizio di tale azione col promuoverla essi stessi contro i terzi acquirenti; nè potrebbero altri creditori personali degl'immessi in possesso pretendere di partecipare alla distribuzione del prezzo, che gli acquirenti venissero costretti giudizialmente a pagare. I quali risultamenti essendo perfettamente coerenti alla regola che al ritorno dell'assente, dopo l'immissione in possesso definitivo, i valori provenienti dal patrimonio di lui non debbano andare in aumento del patrimonio personale dei presunti eredi, che avevano ottenuta quella immissione, confermano tanto maggiormente il fondamento della massima, che sia un'azione diretta contro i terzi acqui-

renti, quella che l'art. 39 del codice civile conferisce all'assente ricomparso per conseguire il prezzo dei beni alienati, che sia tuttora dovuto.

Codesta azione pel pagamento dal prezzo tuttora insoluto dei beni alienati non è poi certamente la sola che possa essere esercitata dall'assente ricomparso contro i terzi acquirenti dei beni stessi: chè anzi, generalmente, e per qualunque fosse il titolo dell'acquisto fatto da un terzo, tutte le azioni che contro di lui potessero competere allo immesso in possesso, che gli avesse fatta la trasmissione di proprietà, sarebbero esercibili dall'assente ritornato. Così le azioni tutte di nullità, di rescissione, di revocazione, di risoluzione, di riscatto, col mezzo delle quali si potesse ricuperare il bene alienato, passerebbero all'assente predetto. Una massima contraria si troverebbe in manifesta opposizione al principio che coloro i quali erano stati immessi nel possesso definitivo non possano arricchire la propria sostanza capitale a detrimento di quella dell'assente ricomparso; giacchè sarebbe appunto in danno di lui, che essi riacquisterebbero i beni di sua ragione, che avevano alienati, qualora potessero esercitare, a proprio benefizio, le preaccennate azioni di nullità, di rescissione, di risoluzione, di revocazione, di riscatto (1).

Veniamo ora alla seconda delle proposizioni contenute nell'art. 39, relativamente al caso che qualche bene dell'assente sia stato alienato dagl'immessi nel possesso definitivo; colla quale si attribuisce all'assente medesimo ricomparso il diritto di " *conseguire i beni, nei quali il prezzo* " *sia stato investito* ".

Se non vi fosse questa disposizione espressa, le regole generali di diritto porterebbero veramente a tutt' altra conclusione. Quando, per una ipotesi non facile a verificarsi, nel contratto di acquisto il possessore definitivo

(1) V. Marcadé, art. 132, § 4, t. I, n. 446.

avesse dichiarato d'impiegarvi il danaro ritratto dalla vendita dei beni dell'assente, l'acquisto potrebbesi intendere fatto per conto di quest'ultimo, e quindi a suo vantaggio, come a suo rischio e pericolo. Ma qualora invece nessuna dichiarazione intorno a ciò fosse stata inserita nell'atto, quantunque poi si provasse essere effettivamente stati investiti in quell'acquisto i denari riscossi per prezzo di vendita dei beni dell'assente, il possessore avrebbe acquistato esclusivamente per conto proprio, ed all'assente ricomparso spetterebbe unicamente il diritto di chiedere il rimborso di quel prezzo, siccome rivolto ad utilità effettiva ed aumento del patrimonio personale del possessore. Sarebbe applicabile a questa specie la massima insegnata dalle leggi romane (L. 8, C., *Si quis alteri, vel sibi sub alterius nomine, vel aliena pecunia emerit*):

" Qui aliena pecunia comparat, non ei, cujus nummi " fuerunt, sed sibi tam actionem emti, quam dominium, " si ei fuerit tradita possessio, quærit „.

Ma perchè dunque sarebbesi derogato a questa regola, evidentemente fondata in ragione, oltrechè sull'autorità del diritto romano? Il motivo si appalesa facilmente nel principio, adottato come fondamentale dal legislatore, che gli immessi in possesso definitivo, mentre non debbono essere esposti ad alcuna perdita nel loro patrimonio personale per l'eventuale ritorno dell'assente, non possano però mai a detrimento del patrimonio di lui aumentare il proprio. Or quello di cui si sono arricchiti acquistando beni col danaro proveniente dalla vendita d'altri dell'assente, non consiste veramente nel prezzo di quella vendita, ma nei beni stessi acquistati. Se nel nuovo acquisto essi avessero fatto un cattivo affare, perderebbero del proprio qualora dovessero restituire il prezzo ottenuto colla vendita dei beni dell'assente, prezzo che superasse il valore effettivo degli altri beni acquistati con esso. Se all'opposto avessero ottenuto un vantaggio nella nuova compera, aumenterebbero il loro patrimonio ritenendo i beni acquistati,

e rimborsando all'assente ricomparso il solo prezzo pel quale avessero venduti i beni di lui. Sotto l'uno e sotto l'altro aspetto era quindi necesario — per coerenza ai principii assunti dal legislatore come fondamentali in questa materia — non permettere mai nè all'assente ricomparso di esigere il prezzo dei beni suoi, che fosse stato investito nell' acquisto di altri, nè agli immessi in possesso di liberarsi mediante il rimborso di tale prezzo; ma invece obbligare sempre ed unicamente i possessori a rendere i beni nei quali avessero investito il prezzo di quelli dell'assente da essi alienati. E tale infatti è il senso della testuale espressione dell'art. 39 del nostro codice. Il quale dispone distintamente pel caso che il prezzo dei beni dell'assente alienati *sia tuttora dovuto*, ed allora attribuisce all'assente ricomparso il diritto di *conseguire il prezzo* medesimo; e per l'altro caso che invece il prezzo sia stato riscosso ed investito dagli immessi in possesso nell'acquisto d'altri beni, ed allora accorda all'assente ricomparso il *diritto di conseguire questi beni*. Nessuna alternativa pertanto è ammessa dalla legge nostra tra questi due oggetti di obbligazione, consistenti nel rimborsare il prezzo o nel consegnare i beni nei quali sia stato investito; nessuna facoltà è data ai possessori di liberarsi da uno di questi oggetti di obbligazione prestando l'altro. Il diritto dell'assente ricomparso a conseguire il prezzo de' suoi beni alienati non gli spetta che quando il prezzo medesimo *sia tuttora dovuto*. Gli immessi in possesso, che abbiano convertito il prezzo riscosso nell'acquisto, non hanno altra obbligazione che di consegnare questi all'assente ritornato od a chi lo rappresenti; nè possono liberarsi da tale obbligazione restituendo invece il prezzo che hanno esatto.

Non era altrettanto chiara la disposizione dell'art. 132 del codice Francese, riprodotta nel 138 del codice Napoletano; essendovi detto che l'assente ricomparso *ricuperava il prezzo dei beni*, che fossero stati alienati, *ovvero i beni col prezzo medesimo acquistati*. Ciò appunto aveva dato luogo a

differenze d'opinioni tra i commentatori; dei quali taluno insegnava che " nel caso in cui dall'immesso in possesso " sia stato impiegato il prezzo dei beni venduti nell'acquisto " di altri beni, è da farsi una distinzione. Se nell'atto di " questo acquisto è stata fatta la dichiarazione d'impiego, " l'assente ricupera i beni nuovamente acquistati. Ma se " una tale dichiarazione d'impiego non ebbe luogo, *è il* " *prezzo che viene ricuperato dall'assente*, perchè l'immesso " in possesso ha voluto acquistare per proprio conto e ri- " maner debitore del prezzo „ (1). Altri ritenevano che l'articolo 132 del codice Francese costituisse a carico degli immessi in possesso definitivo una vera *obbligazione alternativa*, di rendere all'assente ricomparso o il prezzo dei beni di lui che avessero alienati, od i beni nell'acquisto dei quali avessero impiegato quel prezzo; e che perciò — supposto sempre non essere stata fatta nell'atto d'acquisto alcuna *dichiarazione d'impiego* — appartenesse ai medesimi immessi in possesso la facoltà tra l'una e l'altra di queste prestazioni (2). E conformi in sostanza a questa opinione erano le disposizioni degli articoli 96 del codice Albertino, 64 del codice Estense. Se non che, come già osservammo, non era veramente, secondo quelle legislazioni, una *obbligazione alternativa*, che venisse imposta agli immessi in possesso definitivo; ma mentre unico vero oggetto di obbligazione per loro era il rimborso del prezzo convenuto per la vendita dei beni dell'assente, era però *lasciata in loro facoltà di liberarsi* mediante il rilascio dei beni che con quel prezzo avessero acquistati; trattavasi insomma d'una *obbligazione facoltativa* avente oggetto mobiliare, anzichè di vera *obbligazione alternativa*, che comprendesse distintamente due oggetti, l'uno mobiliare, l'altro immobiliare.

Non mancarono però, anche nella dottrina francese, autorevoli opinioni nel senso che vedemmo essere stato adot-

---

(1) V. Valette *sur* Proudhon, t. I, c. XX, s. VI, § 1, p. 329-330, n. *b*.
(2) V. Duranton, t. I, 509; Demolombe, t. II, n. 174, 175.

tato dal nostro legislatore; nel senso cioè, che " i beni " acquistati dagli immessi in possesso definitivo, col prezzo " di quelli dell'assente, che abbiano venduti, appartengano " all'assente medesimo, il quale perciò, ricomparendo, " possa reclamarli in qualunque ipotesi e senza alcuna di- " stinzione „ (1).

Da tale principio deriva che spetti sempre esclusivamente all'assente ogni accessione o miglioramento, ogni perdita o deteriorazione, che possa essersi verificata nei beni in cui sia stato investito il prezzo, posteriormente al loro acquisto. Del resto, è completamente indifferente la natura dei beni, nei quali l'investimento sia stato operato, siano essi mobili o immobili, corporali od incorporali. Così l'assente ricomparso avrebbe diritto a conseguire l'immobile acquistato col denaro ritratto dalla vendita dei mobili suoi; come gli spetterebbero i mobili, o le merci o i titoli di rendita sul debito dello Stato, in cui fosse stato investito il prezzo d'un immobile.

In ogni caso, per poter reclamare come proprii, in virtù dell'art. 39 del codice civile, determinati beni che fossero stati acquistati dagli immessi in possesso definitivo, l'assente ricomparso avrebbe l'onere di provare che in tale acquisto fosse stato effettivamente investito il prezzo della vendita dei beni suoi. Ciò è conseguenza necessaria del principio fondamentale di diritto, secondo cui, generalmente, chiunque proponga in giudizio un'azione è tenuto di provare i fatti dei quali l'azione medesima presuppone l'esistenza. Nè certamente, per esser detto nell'art. 39 che l'assente ricomparso *ha diritto di conseguire i beni nei quali sia stato investito il prezzo dei beni* suoi alienati dagli immessi in possesso, può intendersi che se questo prezzo abbia servito in parte soltanto a pagare il nuovo acquisto fatto, i beni acquistati debbano nondimeno appartenere in totalità all'assente. In tal modo il patrimonio di lui si arricchirebbe

---

(1) V. Marcadé, art. 132, § 4, t. I, n. 446; Laurent, t. II, n. 236.

a detrimento di quello degli immessi in possesso. Se dunque le prove somministrate dall'assente ricomparso riescano soltanto a stabilire che i beni, per la cui rivendicazione egli agisce, siano stati acquistati impiegandovi il prezzo di altri beni di lui alienati, ma completando il correspettivo del nuovo acquisto con mezzi proprii dei possessori stessi, converrà regolare le cose in modo che l'assente ricomparso consegua i beni acquistati dai possessori in corrispondenza di quella parte nella quale abbiano investito il prezzo dei beni alienati dell'assente stesso, senza che questi si arricchisca di ciò che i possessori abbiano impiegato di proprio nell'acquisto medesimo. Ciò però — ha detto giustamente un autore — " non sarà senza difficoltà nella pratica; e " spetterà ai giudici il pronunciarsi *ex æquo et bono* „ (1). Uno scrittore nostro volle affrontare più particolarmente queste difficoltà, e disse che in massima " l'assente potrà " insistere per la divisione del fondo „ che " potrà conve- " nirgli di ottenere l'aggiudicazione di tutto il fondo, rim- " borsando il prezzo mancante, e in generale non gli può " essere negato „ salvo l'influenza che fosse da attribuirsi alle circostanze speciali, per esempio " quando la somma " di sua ragione impiegata nell' acquisto fosse minima „; che qualora lo sborso della somma pagata del proprio dagli immessi in possesso gli riuscisse eccessivamente gravoso, " potrebbe star contento al dire: restituitemi la somma " che mi appartiene, essendo questo pure un diritto espres- " samente riservatogli dalla legge „ (2).

Base di tutte queste idee sarebbe, evidentemente, la facoltà riconosciuta a favore dell'assente ricomparso, di scegliere come più gli convenisse — salva qualche eccezione consigliata da circostanze particolari dei casi — tra l'esercizio dei diritti di comproprietà e divisione, o il conseguimento intiero dei beni acquistati dagli immessi in pos-

---

(1) V. Duranton, t. I, n. 509 in fine.
(2) V. Borsari, *Commentario*, art. 36, 39, vol. I, § 173, 249.

sesso — rimborsando a loro quella parte di correspettivo che ne avessero pagato del proprio — o infine il ricuperamento della somma risultata dalla vendita dei beni dell'assente stesso, lasciando agli immessi in possesso i beni da essi acquistati. Osserviamo però che l'art. 39 non dà all'assente ricomparso il diritto di *conseguire il prezzo dei beni alienati* se non quando tale prezzo sia *tuttora dovuto;* e che pel caso in cui il prezzo sia stato riscosso ed investito nell'acquisto di altri beni, lo stesso art. 39 non ha ammesso veramente a favore degli immessi in possesso quella facoltà di scelta, per la quale — a tenore degli articoli 96 del codice Albertino, 64 del codice Estense — potevano *o rappresentare il prezzo dei beni alienati, o rilasciare i beni col medesimo acquistati;* ma nemmeno all'assente ricomparso ha conferita d'altra parte una scelta simile, e gli ha lasciato invece sempre e senza alcuna distinzione *l'unico diritto di conseguire i beni acquistati dai possessori* col prezzo di quelli dell'assente alienati. Se dunque codesto prezzo abbia servito solo in parte all'acquisto dei nuovi beni, sembra logico che sovra una parte proporzionalmente corrispondente di essi sia da esercitarsi il diritto dell'assente ricomparso di *conseguire i beni nei quali fu investito il prezzo di quelli alienati;* ma non che tale diritto si trasformi, ad istanza dell'una o dell'altra delle parti, in quello, non ammesso dalla nostra legge per questo caso, di *conseguire il prezzo dei beni alienati.* Le difficoltà dell'applicazione pratica non possono essere molto gravi, trattandosi soltanto di determinare le quote rispettive di comproprietà, nella medesima proporzione in cui stanno il prezzo ritratto dai beni alienati dell'assente, e la somma pagata del proprio dagl'immessi in possesso per completare il corrispettivo dell'acquisto da essi stipulato, in relazione alla somma totale del correspettivo medesimo. Ma qualunque difficoltà potesse realmente presentarsi, dovrebb'essere risolta dai giudici applicando i principii generali di diritto, e rispettando le ragioni di giustizia e di equità.

Stabilita così la quota di comproprietà da attribuirsi all'assente ricomparso sui beni che gl'immessi in possesso avessero acquistati, in parte investendovi il prezzo ottenuto colla vendita d'altri beni dell'assente, in parte con mezzi propri, spetterebbe poscia ai partecipanti di questa comunione il chiederne, quando volessero, la divisione, a senso dell'art. 681 del codice civile. Ciò s'intende per quanto riguarda la definizione dei rapporti tra l'assente ricomparso e gl'immessi in possesso definitivo in linea di diritto, e coll'applicazione del disposto dall'art. 39 del codice civile; salvo alle parti, qualora si accordassero, di poter convenire diversamente intorno a questi rapporti di mero interesse loro privato, e poter quindi pattuire o che i beni acquistati dagl'immessi in possesso rimanessero totalmente a loro, rimborsando all'assente ricomparso il prezzo dei suoi beni alienati, o che all'opposto l'assente conseguisse in totalità i beni acquistati dai possessori, rimborsando ad essi quella parte di correspettivo che avessero aggiunto del proprio.

Un'altra difficoltà fu preveduta dallo stesso scrittore, pel caso che “ *i beni espressamente acquistati col danaro* “ *dell'assente siano stati alienati* „. Se non che, intorno a ciò non pare veramente che i dubbi possano essere molto gravi. Nell'art. 39, dicendosi che l'assente ricomparso “ *ricupera i propri beni nello stato in cui si trovano, ed ha* “ *diritto a conseguire i beni nei quali sia stato investito il* “ *prezzo di quelli alienati* „, si è supposto evidentemente che sì nell'uno come nell'altro caso i beni da ricuperarsi o da conseguirsi si trovino *presso gl'immessi in possesso definitivo*. Sarebbe troppo manifestamente assurdo che mentre l'assente ricomparso non può rivendicare contro i terzi acquirenti i beni suoi alienati dagl'immessi in possesso, perchè questi hanno esercitato legittimamente il diritto di libera disposizione ad essi conferito dall'art. 39, e solo consegue *il prezzo dell'alienazione, ove sia tuttora dovuto, gli fosse poi lecito di rivendicare* i beni che gl'immessi in pos-

sesso avessero acquistati mediante il prezzo ricavato dalla vendita di altri beni dell'assente stesso, ma che avessero poi trasmessi in proprietà a terze persone.

Ma almeno — chiede il *Borsari* — potrà l'assente ricuperare il prezzo di quei beni, che gl'immessi in possesso abbiano acquistati e poi rivenduti? Anche qui la risposta ci sembra facile. Secondo lo spirito dell'art. 39, i beni, nei quali i possessori hanno investito il prezzo di quelli dello assente venduti, subentrano ad essi nel patrimonio dell'assente medesimo, a cui perciò è attribuito dal detto articolo il diritto di conseguirli. È una specie di *surrogazione reale*, che la legge ha stabilita in questo caso. L'effetto dev'esserne adunque di porre, pei rapporti dell'assente, nelle medesime condizioni dei beni ai quali vengono sostituiti nel patrimonio di lui, quelli che vi sono surrogati. Per gli uni come per gli altri devono quindi essere applicate le identiche regole stabilite nello stesso articolo 39 pei casi di alienazione, che cioè, se l'alienazione è fatta a titolo di compra e vendita, e il prezzo ne è tuttora dovuto allorchè l'assente ritorna od è provata la sua esistenza, egli ha diritto di conseguire il prezzo da chi ne è debitore; e se invece il prezzo è stato ulteriormente investito nell'acquisto di altri beni, su questi ultimi si trasferisce il diritto dell'assente di conseguirli. Queste, e non altre, ci sembrano le norme che derivano chiaramente e certamente dalla disposizione della legge (1).

Dimostrato così quali siano le interpretazioni da darsi alle varie parti della disposizione contenuta nell'art. 39, ci resta ora d'occuparci — come ci proponemmo — delle questioni lasciate insolute dal testo del predetto articolo, e che accennammo in principio di questo numero.

E innanzi tutto, essendo contemplato espressamente il solo caso di alienazione dei beni dell'assente a titolo di compra e vendita, quali norme saranno da seguirsi nei casi

---

(1) Confronta Borsari, loc. cit.

che l'alienazione sia avvenuta per altro titolo oneroso — per es. di permuta — od a titolo di beneficenza, o che si tratti di semplice costituzione di diritti reali in favore di terzi sui beni dell'assente?

Se invece d'essere venduti, i beni dell'assente siano stati alienati per qualsiasi altro *titolo oneroso*, l'equivalente stipulato dagli immessi in possesso definitivo, e mediante il quale intesero di procurarsi un vantaggio (art. 1101, codice civile) costituisce un aumento di patrimonio, ch'essi ottennero togliendo da quello dell'assente ciò che hanno dato al terzo contraente, in corrispettivo appunto del vantaggio conseguito. Perciò, mentre da un lato è indubitabile che il contratto dev'essere rispettato in tutti i suoi effetti dall'assente ricomparso, avendolo gl'immessi in possesso legittimamente formato in virtù della facoltà data loro dall'articolo 37, di *disporre dei beni liberamente;* d'altro lato è del pari evidente non essere ammissibile, secondo lo spirito della legge, che l'equivalente ottenuto rimanga agl'immessi in possesso, i quali così verrebbero ad arricchire il loro patrimonio a detrimento di quello dell'assente. Questi, ricomparendo, deve quindi avere il diritto di conseguire quell'equivalente, che i possessori stipularono in correspettivo dell'alienazione dei beni di lui; e quando ciò non sia possibile, conseguire almeno il valore dell'utilità che quell'equivalente ha procurato ai possessori medesimi, il valore dell'aumento di patrimonio che ne sia derivato in loro vantaggio e che sussista tuttora. Il più ovvio esempio di applicazione della prima di queste proposizioni è appunto nel caso di *permuta*, che gl'immessi in possesso definitivo abbiano convenuta, dando beni dell'assente, per averne altri dal permutante. Dei beni ricevuti in permuta non può veramente dirsi che in essi *sia stato investito il prezzo di beni dell'assente alienati;* e perciò non si verifica alla lettera il caso previsto nell'ultima parte dell'articolo 39. Ma pure la *surrogazione reale* dei beni acquistati dai possessori in luogo di quelli da essi alienati dell'assente —

quella surrogazione reale appunto, che dà fondamento alla disposizione del detto articolo 39 — è anzi diretta ed immediata nel caso di permuta, mentre è indiretta e mediata soltanto allorchè, venduti i beni dell'assente, ne viene investito il prezzo nell'acquisto di altri. E sarebbe una incongruenza e un'assurdità manifesta, che attribuendosi all'assente ricomparso il diritto di conseguire i beni nei quali sia stato investito il prezzo dei beni suoi alienati, perchè quelli rappresentano indirettamente questi, gli si negasse poi di conseguire i beni ricevuti dai possessori in permuta, i quali rappresentano direttamemte quelli dell'assente dati in correspettivo. Aggiungasi anzi che sarebbe un eccitamento, per gl'immessi in possesso, a prevenire in danno dell'assente l'eventualità della sua ricomparsa, permutando i beni di lui con altri, acciocchè ritornando non potesse ricuperarli, e i possessori così se ne avvantaggiassero. La dottrina non ammette dubbio infatti sulla massima che " i beni ricevuti dai possessori in permuta d'altri dell'as- " sente, *appartengono a quest'ultimo* „ (1). Ciò però, ben s'intende, è subordinato sempre alla condizione che i beni ricevuti in permuta dagl'immessi in possesso si trovino ancora presso di loro al tempo in cui l'assente ritorni o sia provata la sua esistenza; chè se anteriormente i possessori predetti avessero alienati anche questi beni ricevuti in permuta di quelli lasciati dall'assente, lo avrebbero fatto legittimamente in virtù dei poteri ad essi attribuiti dall'art. 37; ed all'assente ricomparso rimarrebbe soltanto il diritto di conseguire il prezzo della nuova alienazione, ove fosse tuttora dovuto, od i beni nei quali il detto prezzo riscosso fosse stato investito.

Abbiamo detto che qualche volta competerà all'assente ricomparso il diritto di conseguire dagli immessi in possesso definitivo *il valore dell'equivalente*, che essi abbiano stipulato in un contratto di alienazione a titolo oneroso di

(1) Marcadé, art. 132, § 4, t. I, n. 446; Demolombe, t. II, n. 174; Aubry e Rau, t. I, § 157, p. 624.

beni dell'assente medesimo; perchè può avvenire che a lui sia impossibile far proprio direttamente quell'equivalente stipulato dagli immessi in possesso; nè d'altra parte può ammettersi che questi se ne avvantaggino a pregiudizio del patrimonio dell'assente ricomparso.

Suppongasi infatti che l'immesso in possesso abbia ceduto porzione d'un fondo dell'assente al proprietario d'altro fondo vicino, stipulando in correspettivo la costituzione su questo d'una servitù prediale. Se codesta servitù attiva è stabilita per l'utilità d'un fondo dell'assente medesimo, ricuperando questo, egli consegue con ciò stesso il correspettivo stipulato dai possessori per l'alienazione d'un bene di lui, e nessuna difficoltà può presentarsi. Ma qualora il fondo dominante facesse invece parte del patrimonio personale dell'immesso in possesso, costui avrebbe aumentato il proprio patrimonio a detrimento di quello dell'assente, se conservando — come certamente conserva — il vantaggio della servitù stipulata in correspettivo dell'alienazione, validamente ed irrepugnabilmente consentita, d'un bene dell'assente medesimo, nulla dovesse a questo in compenso. Crediamo perciò che, per conformarsi alla intenzione del legislatore, acciocchè l'immesso in possesso non aumenti il proprio patrimonio con danno di quello dell'assente ricomparso, sia necessario ammettere che nel figurato caso possa questi richiedere il pagamento d'una somma corrispondente al valore della utilità che l'immesso in possesso abbia procurata al proprio fondo colla stipulazione della servitù attiva.

Se sia a titolo gratuito, o di beneficenza, che il possessore abbia alienati beni dell'assente, è chiaro che questi, ricomparendo, non ha, di regola generale, alcun diritto da esercitare relativamente ai beni medesimi. Non può rivendicare questi beni dai terzi che li hanno acquistati, per le ragioni che già dimostrammo (1). Nè può reclamare dagli

---

(1) V. sopra, n. 208, p. 942, 943; n. 210, p. 962-964.

immessi in possesso alcuna indennità pel valore dei beni di cui abbiano disposto a titolo gratuito, perchè essi non ne hanno tratto alcun miglioramento pel loro patrimonio. Nondimeno questa, che enunciammo come regola generale, non va esente da eccezioni. Una donazione può essere subordinata ad oneri imposti al donatario; l'inadempimento dei quali fa luogo a poter proporre domanda di rivocazione della donazione stessa (art. 1080, cod. civ.). Ora, se l'immesso in possesso definitivo, nel far donazione di beni dell'assente ad altra persona, le avesse imposti simili oneri, l'assente, ricomparendo, non solo potrebbe esercitare contro il donatario l'azione per costringerlo ad eseguirli, o quella di rivocazione della donazione per causa dell'inadempimento; ma, supposto che questi oneri fossero stati già eseguiti con vantaggio del patrimonio degli immessi in possesso, o che non essendo ancora adempiti, non potessero esserlo che in benefizio di questo patrimonio stesso, l'assente ricomparso avrebbe ragione di chiedere agli immessi in possesso una congrua indennità, affinchè non si arricchissero della diminuzione arrecata alla sostanza patrimoniale di lui.

Un' altra eccezione alla regola predetta è stata segnalata dalla dottrina pel caso che mediante disposizione a titolo gratuito l'immesso in possesso definitivo abbia adempiuta una propria *obbligazione naturale*. Così, per esempio, gli autori francesi sono concordi nel ritenere che quando l'immesso in possesso si sia valso dei beni dell'assente per costituire la dote ad una propria figlia, l'assente stesso, ricomparendo, possa ripetere dal dotante una indennità, limitata però all'ammontare di quella dote che costui verisimilmente avrebbe costituito coi propri beni, qualora non avesse avuti disponibili quelli dell'assente (1).

---

(1) V. PROUDHON et VALETTE, t. I, c. XX, s. 6, § 1, n° 2°, n^a^ *a*; DURANTON, t. I, n. 506; MARCADÉ, art. 132, § 5, t. I, n. 447; DEMOLOMBE, t. II, n. 157; AUBRY e RAU, t. I, § 157, n^a^ 9; LAURENT, t. II, n. 237.

Un nostro scrittore ha affermato esser questa una " vana " questione, secondo il codice Italiano, poichè il proprie- " tario legale era nel suo diritto, alienando, donando, e *in* " *qualunque modo disponendo anche con proprio vantaggio*, e " non deve renderne conto „ (1). È una conseguenza che l'autore deduceva da un' opinione già da lui manifestata nel paragrafo precedente; dove combattendo le teorie dei giuristi francesi intorno alla questione — della quale parleremo più oltre — se gli immessi in possesso siano tenuti a rendere all'assente ricomparso il prezzo dei beni di lui, che abbiano dissipato, esponeva l'idea che secondo il codice Italiano l'assente ricomparso non abbia diritto al prezzo dei suoi beni alienati dai possessori, se non *quando sia tuttora dovuto;* ma " se fu pagato, l'alienante non dev'essere " ricercato se lo abbia speso, se lo abbia perduto, *se sia* " *divenuto più ricco* „. Ci sembra però troppo evidente che per poter sostenere quest'ultima tesi sarebbe necessario cancellare dall'art. 39 del nostro codice quell'ultima frase: " *od i beni nei quali sia stato investito* „ il prezzo; giacchè queste parole provano che il diritto di conseguire *il prezzo tuttora dovuto*, non è il solo che la nostra legge riconosca a favore dell'assente, nel caso di alienazione dei beni di lui fatta dai possessori; e provano non sussistere che una volta riscosso il prezzo della vendita non siano tenuti i possessori a rendere alcun conto del modo in cui l'abbiano impiegato, *ancorchè l'abbiano rivolto a loro vantaggio*, mentre se si sono valsi di questo prezzo per acquistare altri beni, debbono renderli all'assente finanche quando avessero un valore superiore al prezzo medesimo. È dunque chiarissimo che secondo la mente del legislatore si è voluto anzi impedire — come più volte ripetemmo — che, ricomparso l'assente, gli immessi nel possesso dei beni di lui, conservino alcun vantaggio, alcun aumento di patrimonio che si siano procurato colla sostanza capitale dell'assente stesso;

(1) V. Borsari, *Commentario*, art. 36, 39, vol. I, § 173, p. 250, nª 1.

ed è questo il principio fondamentale, che si deve sempre avere presente.

Ritenuto ciò, e ritornando alla questione proposta, ci sembra che la risoluzione datane dagli insigni giureconsulti che abbiamo citati non possa che essere approvata teoricamente. L'immesso in possesso definitivo, che costituì la dote alla propria figlia coi beni dell'assente, ha, o no, approfittato del patrimonio di costui a vantaggio del proprio? Non parrebbe ragionevole il negarlo. Vero è che " i figli *non hanno azione* verso i genitori per obbligarli a " far loro un assegnamento per causa di matrimonio " (art. 147, cod. civ.) e quella di costituire la dote alle figlie non è quindi un'*obbligazione civile:* ma è però un'*obbligazione naturale*, che il genitore ha voluto adempiere, ed ha di fatto adempita coll'assegnare la dote. Lo ha fatto servendosi dei beni dell'assente, dei quali era in possesso, anzichè dei beni proprii. Ma non ha dunque con ciò stesso tratto vantaggio dal patrimonio dell'assente a benefizio del proprio? Tutto ciò ch'egli può opporre fondatamente, è che la dote, che ha costituita, sia eccessiva in relazione al solo patrimonio suo, e che siasi indotto a tanto in considerazione appunto del possesso definitivo che aveva dei beni dell'assente, del quale non era presumibile il ritorno. E veramente, ciò che abbia assegnato in dote, al di là di una ragionevole proporzione col patrimonio suo personale, è giusto che si consideri come una pura liberalità ordinaria fatta sui beni dell'assente, che il dotante aveva in possesso definitivo; e siccome egli non trae da ciò alcun lucro pel patrimonio proprio, è conseguente che nessuna reclamazione possa fargliene l'assente che ricomparisca. Ma per quanto ha tolto dal patrimonio di quest'ultimo per soddisfare un'obbligazione personale propria, che moralmente avrebbe dovuto adempiere ugualmente coi beni suoi, è di giustizia ed è conforme ai principii che sia tenuto a risponderne, a carico del suo patrimonio stesso, verso l'assente che ritorni.

Tale reputiamo che sia la vera norma di diritto da seguirsi. L'applicazione di essa nella pratica non può però andare immune da difficoltà; dovendosi stabilire dai giudici quale sarebbe, secondo lo stato patrimoniale dell'immesso in possesso, l'ammontare della dote che un buon padre di famiglia avrebbe potuto costituire, per stabilire su questa base di quanta parte della dote effettivamente assegnata coi beni dell'assente possa questi ripetere il rimborso. Il còmpito, che spetta quanto a ciò ai magistrati, è certamente assai delicato; e nel dubbio dovrebbero propendere alla decisione meno onerosa per l'immesso in possesso, a cui viene chiesto il rimborso. A lui d'altronde spetta l'onere della prova, perchè è da presumersi che, costituendo la dote, l'abbia proporzionata ai beni formanti il suo patrimonio personale, anzichè a quelli dell'assente che avesse soltanto in possesso, quantunque definitivo, e che quindi sapeva di poter essere eventualmente tenuto a restituire. Allega egli di aver assegnata una dote che non avrebbe data, od avrebbe limitata a minor entità, se non avesse contato sui beni dell'assente, dei quali era possessore; ed egli deve dunque provare la propria allegazione, che oppone alla domanda dell'assente ricomparso (1).

Il testo dell'art. 39 del nostro codice lascia pure in dubbio quali rapporti debbano intercedere fra l'assente che ritorni, o di cui sia provata l'esistenza, e gli immessi in possesso definitivo dei beni di lui, relativamente alla costituzione di diritti reali che costoro abbiano consentita in favore di altri su quei beni. Non pare però che la risoluzione presenti gravi difficoltà. Se si tratta d'usufrutto, d'uso, d'abitazione, di servitù prediali, che i possessori abbiano stabilito sui beni dell'assente, sono vere alienazioni parziali ch'essi ne hanno fatte; alienazioni, non della piena proprietà, ma di smembramenti d'essa; ciò che però non può apportare alcuna differenza nelle ragioni dei rap-

(1) V. Demolombe, Laurent, ll. cc.

porti tra i possessori alienanti e l'assente proprietario dei beni. Questi, ritornando, deve in ogni caso rispettare in tutti i loro effetti codeste convenzioni legittimamente consentite dai possessori, in virtù delle facoltà ad essi attribuite dall'art. 37 del codice civile. Ma se per quelle concessioni fu stipulato un correspettivo in denaro, un prezzo, e questo è tuttora dovuto, spetta all'assente ricomparso il diritto di esigerlo; se il correspettivo fu riscosso dai possessori ed investito nell'acquisto di altri beni, l'assente ricomparso ha diritto di conseguire questi; se i possessori hanno in diversa maniera utilizzato quel correspettivo a vantaggio e in aumento del patrimonio personale proprio, l'assente ricomparso ha pure diritto di essere indennizzato dai possessori in ragione di quest'utilità ch'essi risentono. Tutto ciò per analogia da quanto dispone il detto art. 39 nei casi d'alienazione della proprietà piena; ed in conformità del principio generale ritenuto dal legislatore, che gli immessi in possesso definitivo non possano mai avvantaggiare il loro patrimonio a detrimento della sostanza capitale dell'assente. Qualora invece le servitù prediali, od i diritti d'usufrutto, d'uso, d'abitazione, fossero stati costituiti dai possessori a titolo gratuito, nessun diritto potrebbe competere all'assente ricomparso verso gli immessi in possesso definitivo, nè per liberare da quei vincoli reali i beni che ricupera, nè per ripetere dai possessori stessi una indennità qualunque.

Se si tratti di ipoteche costituite sui beni dell'assente dall'immesso in possesso definitivo per guarentire debiti proprii, l'assente ricomparso deve — ben s'intende — rispettare in tutti i loro effetti quelle ipoteche, legittimamente costituite dai possessori definitivi, pel potere, che loro spettava, di *disporre dei beni* liberamente; ma, dal giorno in cui l'assente è ritornato o si ha la prova della sua esistenza, le ipoteche stesse debbono essere considerate come gravanti sui beni di chi non è obbligato personalmente pel debito, ed essere quindi parificate a quelle

che taluno conceda sui proprii beni per assicurare obbligazioni altrui, senza rendersene fideiussore personale.

Una seconda osservazione, fatta in principio di questo numero, fu che l'art. 39 del codice Italiano lascia insoluto il dubbio, se l'assente ricomparso possa chiedere agli immessi in possesso definitivo il prezzo ch' essi abbiano riscosso per la vendita fatta di beni appartenenti a lui, e che non abbiano investito nell'acquisto di altri beni, ma lo tengano tuttavia in loro mani, o lo abbiano invece perduto o dissipato.

Qualora il prezzo della vendita sia stato pagato da chi comperò i beni, ma sia accertato che la somma riscossa esista ancora presso gli immessi in possesso, o presso altri che la detengano in loro nome, reputiamo certo che all'assente ricomparso debba spettare il diritto di esigere quella somma.

Pongasi, per esempio, che dall'atto stesso della vendita risulti essere stata lasciata in deposito la somma del prezzo in mani del notaio che ha ricevuto l'atto, o di altri, coll'incarico di procurarne un impiego, che ancora non sia stato effettuato. Stando strettamente alle parole dell'articolo 39, il caso ora immaginato non potrebbe dirvisi compreso, poichè nè il prezzo sarebbe *tuttora dovuto*, nè ai beni venduti se ne sarebbero surrogati altri, nei quali *il prezzo fosse stato investito*. Nondimeno sarebbe forse possibile negare all'assente ricomparso il diritto di richiedere la somma ancora esistente, che rappresenta un bene suo recentemente alienato dagli immessi in possesso, ed attribuire quindi a costoro il guadagno di quella somma? Ciò sarebbe contrario a ragione ed agli intendimenti del legislatore, il quale non volle che a fronte dell'assente ricomparso gli immessi in possesso definitivo potessero aumentare il loro patrimonio a detrimento di quello di lui. E si darebbe alla legge un'interpretazione che la porrebbe in flagrante contraddizione; giacchè, mentre all'assente ricomparso è attribuito il diritto di conseguire i beni, nei quali il prezzo

sia stato investito, solo perchè lo rappresentano, quantunque i beni siano stati acquistati dai possessori in proprio nome, e quantunque forse il loro valore possa superare la somma, per cui furono acquistati, gli si negherebbe poi di conseguire il prezzo stesso, che fosse certo esistere ancora nella identica somma in cui fu pagato.

Tutto ciò sembra tanto evidente da non ammettere dubbio, sebbene — come già accennammo — sia stato contraddetto da qualche commentatore del nostro codice, che reputò non potersi in verun caso conseguire dall'assente ricomparso il prezzo dei beni suoi alienati, che già sia stato pagato.

Suppongasi ora che il prezzo riscosso sia stato dai possessori perduto, o per caso fortuito, o per loro negligenza, od anche l'abbiano essi scialacquato. Nessun dubbio nel caso di perdita per caso fortuito. È stabilito dalla legge che l'assente il quale ritorni, o del quale sia provata l'esistenza, debba *ricuperare i beni nello stato in cui si trovano;* e non è possibile dopo ciò immaginare che le perdite e le deteriorazioni verificatesi nel patrimonio dell'assente per caso fortuito debbano ricadere a carico degli immessi in possesso; i quali, se hanno alienati beni, il cui prezzo si è poi disgraziatamente perduto, hanno agito in virtù del diritto che ad essi spettava per l'art. 37 di *disporre dei beni liberamente.* Ma se la perdita avvenne per colpa degli immessi in possesso, o se essi hanno sciupato il denaro del prezzo che avevano ricevuto? Crediamo che secondo il codice Italiano neppure in questi casi incomba agli immessi nel possesso definitivo l'obbligo di rendere all'assente ricomparso il prezzo, che più non esiste, dei beni di lui stati alienati. L'opinione contraria fu professata da qualche autore, in relazione al testo dell'art. 132 del codice Francese.

L'argomentazione di quell'autore era la seguente: “ La “ legge dice che l'assente *potrà riprendere il prezzo de'beni* “ *che siano stati alienati,* e non fa veruna distinzione rela-

" tivamente all'uso che l'immesso in possesso abbia potuto " fare di quel prezzo. *Costui ne sarà dunque tenuto, quando " anche lo avesse dissipato* „ (1).

Il codice Italiano però non attribuisce più all'assente ricomparso, in modo così assoluto come faceva il codice Francese, il diritto di *ricuperare il prezzo dei beni alienati*, nè, come il codice Albertino, *il diritto alla rappresentazione del prezzo:* ma limita il diritto dell'assente a " conseguire " il prezzo dei beni alienati, *ove sia tuttora dovuto, od i beni " nei quali sia stato investito* „. Da ciò risulta abbastanza evidente — almeno tale sembra a noi — la intenzione del legislatore, di non obbligare gli immessi nel possesso definitivo, verso l'assente ricomparso, per tutto quello che dal patrimonio di lui abbiano in qualunque modo realizzato, ma solo per quanto abbiano convertito in loro utilità effettiva. Fu per questo che venne modificata l'espressione assoluta, ch'era stata adoperata nei codici Francese ed Albertino, non dicendo più che l'assente ricomparso potesse *richiedere agli immessi nel possesso definitivo il prezzo dei beni che avessero alienati*, ma dicendo invece che l'assente *conseguirà il prezzo, ove sia tuttora dovuto, od i beni nei quali sia stato investito;* perchè nell'uno e nell'altro caso egli ricupera un'attività tuttora esistente od effettivamente rappresentata nel proprio patrimonio, e così si ottiene lo scopo di impedire che gli immessi in possesso definitivo accrescano il loro patrimonio con danno e diminuzione di quello dell'assente ricomparso. Ma se il prezzo non esiste più, nè trovasi rappresentato da altri beni con esso acquistati dai possessori, nè da altra utilità in cui l'abbiano convertito a vantaggio del proprio patrimonio, non si vollero obbligare in verun caso i possessori medesimi a rendere quel prezzo all'assente ricomparso, per l'altro scopo di non esporre costoro a subire perdite nel loro patrimonio personale per l'impensato ritorno dell'assente. Sia pure

(1) V. VALETTE *sur* PROUDHON, t. 1, c. XX, s. VI, § 1, p. 329, nª *b*.

che la perdita avvenuta del prezzo riscosso sia attribuibile a fatto o negligenza loro; od abbiano anche sciupato quel prezzo in ispese sconsigliate o voluttuarie ed in prodigalità. Di tutto ciò per altro non può chiedere conto ad essi l'assente, poichè la libera disposizione che avevano, giusta l'art. 37, dei beni ottenuti in possesso definitivo, li autorizzava ad ogni atto sì di uso che d'abuso, esimendoli da qualunque responsabilità. Una massima diversa avrebbe esposti a conseguenze gravi, e talora rovinose, gli immessi in possesso definitivo, i quali, avendo agito in buona fede, come se fossero proprietari, in virtù delle facoltà concedute loro dall'art. 37 del cod. civile, potrebbero essere costretti ad un tratto al rimborso di somme rilevanti, che avessero riscosse e dissipate non pensando all'eventuale ritorno dell'assente ritenuto improbabile; mentre poi all'assente stesso è in generale da imputarsi che abbia trascurato troppo lungamente di dare proprie notizie e di provvedere ai proprii interessi.

Del *dolo* soltanto dovrebbero i possessori rispondere: chè se, per esempio, fosse provato che, dissimulando le notizie, che avessero avute dell'esistenza dell'assente, si fossero affrettati a venderne i beni e consumarne il prezzo, una tal frode non potrebbe certamente andar impunita, e nuocere irreparabilmente all'assente; il quale, per applicazione della massima di ragione comune proclamata nell'art. 1151 del codice civile, avrebbe azione per ripetere le somme disperse in suo danno.

Veniamo finalmente all'ultimo dei dubbi che dimostrammo rimanere insoluti dalla non perfetta disposizione dell'art. 39 del nostro codice.

Gli immessi in possesso definitivo hanno alienati beni dell'assente, ne hanno riscosso il prezzo, e non l'hanno investito nell'acquisto d'altri beni, ma l'hanno rivolto invece ad altro uso che produsse utilità ed aumento effettivo al loro patrimonio personale; per esempio, estinguendo debiti proprii, facendo eseguire grosse riparazioni od opere

di miglioramento a stabili di loro particolare ragione, costituendo doti alle loro figlie, procurando uno stabilimento ai figli, od altro.

Il codice Parmense, come già abbiamo notato, prevedeva espressamente nell'art. 1064 codesta ipotesi, attribuendo all'assente ricomparso il diritto di ricuperare i proprii beni nello stato attuale, il prezzo tuttora dovuto di quelli che fossero stati alienati, ovvero i beni col prezzo medesimo acquistati " *o il valore dei beni stessi, che potrà* " *dimostrare trovarsi tuttora convertito in utilità di chi ebbe* " *il possesso definitivo* „.

Nella disposizione letterale dell'art. 39 del codice Italiano i casi predetti non si trovano invece compresi, poichè nè il prezzo è *tuttora dovuto*, nè è stato *investito nell'acquisto di altri beni*, che l'assente ricomparso possa rivendicare. Tuttavia crediamo che per lo spirito della disposizione stessa, per lo scopo che il legislatore si propose, sia giustificabile l'accoglimento della stessa massima che nel codice Parmense si era stimato opportuno di stabilire espressamente; e che quindi ogni qualvolta sia accertato essere stato, e trovarsi tuttora convertito in utilità di coloro che ebbero il possesso definitivo il prezzo dei beni che siano stati da questi alienati, l'assente ricomparso abbia diritto a richiedere il rimborso di quel prezzo, a concorrenza — s'intende — della utilità effettiva attuale che dall'impiego fatto ridondi al patrimonio personale degli immessi in possesso, ossia — com'era detto nel codice Parmense — *pel valore che sia dimostrato trovarsi tuttora convertito in utilità di chi ebbe il possesso definitivo.*

La massima contraria, per cui si negasse all'assente, in tali casi, ogni diritto a rimborso, si opporrebbe all'intendimento del legislatore, che fu di non permettere l'arricchimento degli immessi in possesso a danno del patrimonio dell'assente; supporrebbe nella legge una evidente contraddizione, perchè mentre, per non dar luogo appunto ad una diminuzione del patrimonio dell'assente in vantaggio e ad

aumento di quello dei possessori, gli si concede azione per conseguire i beni, nei quali il prezzo dei beni suoi alienati sia stato investito, si permetterebbe poi che del prezzo stesso si impinguasse in qualunque altro modo la sostanza propria degli immessi in possesso, senza accordare all'assente ricomparso alcun diritto a rimborso; e ciò infine sarebbe di eccitamento pei possessori medesimi ad alienare i beni dell'assente, ed utilizzare il prezzo a loro profitto in qualunque altro uso che non fosse l'acquisto di nuovi beni, allo scopo di prevenire l'eventualità di un impensato ritorno dell'assente, e defraudarlo così dei suoi diritti.

Abbiamo annoverato tra i casi, nei quali l'assente può aver diritto a rimborso del prezzo dei suoi beni alienati, convertito in loro utilità dai possessori, anche quello che il detto prezzo sia stato da essi impiegato nel costituire doti alle loro figlie o nel procurare stabilimento ai figli, sebbene, in tali casi, non risulti direttamente da codesto impiego un aumento del patrimonio per gli immessi in possesso; perchè, indirettamente almeno, essi si sono avvantaggiati del patrimonio dell'assente, adempiendo con mezzi derivati da esso un'obbligazione naturale che vollero soddisfare, e che avrebbero altrimenti adempita valendosi del patrimonio proprio. Sono in questo rapporto applicabili quelle medesime considerazioni e limitazioni che abbiamo fatte sopra relativamente al caso in cui siano stati costituiti in dote dagli immessi in possesso, alle loro figlie, i beni stessi lasciati dall'assente.

Sulle varie questioni, che abbiamo finora esaminate, rimane ancora un punto importante a definirsi. A chi, tra l'assente ricomparso e gli immessi in possesso definitivo, incomberà l'onere della prova intorno ai varii fatti di cui parlammo? La risposta non può dipendere che dall'applicazione dei principii comuni in materia di prova. Chi propone un'azione in giudizio, o chi all'azione promossa contro di lui oppone una eccezione per propria difesa, è

tenuto a provare i fatti giuridici, dei quali quell'azione o quella eccezione suppone l'esistenza: “ *Actori incumbit onus probandi. Reus excipiendo fit actor* „.

Qualora si versi in uno dei casi espressamente contemplati nell'art. 39, non può esservi luogo a dubbio. L'assente ricomparso agisce in giudizio per conseguire il prezzo dei beni alienati dagli immessi in possesso? Ed egli deve allora provare che l'alienazione è avvenuta, che il prezzo è quello da lui domandato, che debitrice del prezzo è la persona contro cui agisce: sono questi i fatti giuridici che formano il fondamento della sua domanda. Se viene opposto dal convenuto *che il prezzo non è più dovuto*, spetta a lui di provarne il pagamento, essendo questo il fatto giuridico su cui si fonda la sua eccezione. L'assente ricomparso rivendica invece beni, nei quali afferma essere stato investito il prezzo dei suoi, alienati dai possessori? Ed egli deve allora provare che avvenne l'alienazione, e che il prezzo ritrattone fu investito nell'acquisto di quegli identici beni che formano oggetto della sua azione.

Ma invece l'assente ricomparso vuole conseguire la somma del prezzo, che non è stata investita nell'acquisto di altri beni, ma ch'egli afferma esistere ancora presso il possessore, o presso un depositario, a cui questi l'avrebbe affidata. Incomberà a lui di provare che la somma riscossa per quel prezzo esista tuttora, od a chi era immesso nel possesso definitivo di provare che quella somma sia andata perduta o dissipata? In diritto francese gli autori propendevano a ritenere che, in questo caso, l'onere della prova spettasse agli immessi in possesso definitivo (1).

Questa opinione fondavasi principalmente sul testo dell'art. 132 del codice Napoleone, che in modo assoluto, e senz'alcuna distinzione di casi, attribuiva all'assente ricomparso il diritto di *ricuperare il prezzo dei beni alienati*. Dal che si argomentava, certamente con grave fondamento,

(1) V. Demolombe, t. II, n. 170, 172; Laurent, t. II, n. 235.

che dunque i soli fatti giuridici da provarsi dall'assente attore fossero l'alienazione avvenuta e la quantità del prezzo convenuto: se poi gli immessi in possesso pretendessero di non dover restituire quel prezzo, perchè non ne avessero tratto profitto, dovessero essi provare questo fatto, che formerebbe base d'una loro eccezione. Aggiungevasi ancora che non si potesse presumere la perdita o la dissipazione del capitale costituente il prezzo dei beni venduti; e che non dovesse esser permesso di entrare nel segreto degli affari privati per accertare se il prezzo riscosso fosse ancora, in tutto od in parte nelle mani degli immessi in possesso definitivo. Ma il primo e principale di questi argomenti non può più valere pel codice nostro, che accorda all'assente ricomparso solamente il diritto di " conseguire " il prezzo dei beni alienati, *ove sia tuttora dovuto*, od i " beni nei quali sia stato investito ". Se nessuno di questi casi si avvera, e nondimeno l'assente chiede il rimborso del prezzo, affermando che esista ancora presso gl'immessi in possesso, egli deve provare non solo l'alienazione e la quantità del prezzo, ma eziandio che questa sia tuttora in mano degli immessi in possesso, perchè tutti tre questi fatti sono fondamento della sua domanda. Se questa prova non è somministrata, gli immessi in possesso, convenuti, non hanno alcun bisogno di giustificare che la somma del prezzo, che avevano riscossa, sia andata perduta, o l'abbiano essi dissipata. Poco importa l'osservare che di regola generale sia da presumersi piuttosto la conservazione, che la perdita e la dissipazione di un capitale; giacchè questa vaga presunzione non potrebbe mai ritenersi per sè sola sufficiente a formare prova piena della condizione necessaria, che la somma del prezzo riscosso esista ancora presso gli immessi in possesso.

Altrettanto sarebbe a dirsi, per ragioni simili, della prova da somministrarsi circa il fatto che il prezzo dei beni alienati, riscosso dagli immessi in possesso, fosse stato da essi convertito in utilità effettiva ed attuale del loro patri-

monio; anche questo essendo, in tal caso, uno degli elementi indispensabili a fondamento dell'azione di rimborso promossa dall'assente ricomparso.

Concludiamo pertanto che, secondo il sistema adottato dal nostro codice, l'assente ricomparso può ripetere contro i possessori definitivi il prezzo dei beni da essi venduti, sebbene *non sia tuttora dovuto, nè sia stato investito nell'acquisto di altri beni determinati;* ma coll'onere di provare che la somma di quel prezzo esista ancora in mano degli immessi in possesso, o di chi la detenga per loro, o che sia stata da essi convertita in utilità ed aumento effettivo ed attuale del loro patrimonio.

218. — La dottrina è concorde nella massima che nessuna prescrizione possa essere opposta dagli immessi in possesso definitivo all'assente ricomparso; il quale perciò, in qualunque tempo ritorni, possa sempre esercitare contro i possessori de' suoi beni l'azione per ricuperare questi nello stato in cui si trovino, per conseguire il prezzo di quelli alienati, od i beni nei quali il prezzo sia stato investito (1).

Quando però si tratta di stabilire quale sia veramente il fondamento giuridico di questa regola, s'incontrano notevoli differenze di opinioni. Alcuni traggono argomento dal principio che non possono mai prescrivere a proprio favore quelli che possedono in nome altrui (art. 2236, codice Francese = 2115, cod. Italiano); essi dicono che rimpetto all'assente ricomparso gl'immessi in possesso definitivo non possono essere considerati che come semplici amministratori, e quindi detentori precari.

Ma come si può accordare una tale teoria coll'altra, professata dai medesimi autori, che l'immissione in possesso

---

(1) V. Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*. t. I, c. xx, s. VI, § 1, p. 331; Duranton, t. II, n. 510; Marcadé, art. 132, § 11, t. I, n. 444, p. 330; Demolombe, t. II, n. 179; Aubry e Rau, t. I, § 157, n. 13; Laurent, t. II, n. 232, pag. 296.

definitivo attribuisce a coloro che la ottengono la proprietà dei beni, quantunque revocabile, ma senza retroattività? Sia pure che dal momento in cui per la ricomparsa dello assente si verifica questa revocazione, il possesso si trasformi in precario, non potendo ormai più considerarsi coloro che vi erano immessi, se non come semplici amministratori dei beni ritornati in dominio dell'assente. Ma poichè fino al detto momento essi avevano — secondo la teoria di questi autori — la proprietà di quei beni, la quale viene revocata bensì, ma irretroattivamente, essi dunque hanno esercitato fino allora un possesso legittimo, a titolo di proprietà, capace quindi di prescrizione; ed è appunto al possesso precorso durante l'immissione definitiva, che potrebbe riferirsi, in qualche caso certamente raro, la prescrizione opponibile dai possessori all'assente ritornato.

Altri credono di trovare la vera ragione della imprescrittibilità delle azioni dell'assente in ciò, che — dicono " *gl'immessi nel possesso definitivo lo esercitano in qualità* " *di eredi*, e questo loro titolo svanisce dal momento in cui " viene accertata l'esistenza dell'assente „. Se non che non può essere *a titolo di successione ereditaria* che si eserciti il possesso di cui siasi ottenuta l'immissione definitiva; ciò non essendo giuridicamente concepibile fuorchè quando sia provato essersi veramente aperta la successione stessa. È vero soltanto che la *qualità di eventualmente chiamati a succedere* dà fondamento, per disposizione della legge, a poter domandare l'immissione definitiva in possesso; e tale qualità non cessa neppure per la ricomparsa dell'assente, sebbene cessi allora necessariamente la immissione in possesso che quei presunti eredi avevano conseguìta.

Miglior fondamento nei principii di diritto potrebbe trovarsi in un terzo sistema, il quale parte dalla semplice idea che gl'immessi in possesso definitivo divengano proprietari dei beni dell'assente, ma sotto una *condizione risolutiva* pel caso ch'egli ritorni o ne sia provata l'esistenza. Ammesso un tale concetto, la giustificazione della massima, che l'a-

zione dell'assente per ricuperare il suo patrimonio sia imprescrittibile, ne deriva logicamente e chiaramente. È canone fondamentale, infatti, che la prescrizione " non " corre riguardo ai diritti condizionali fino a che la con- " dizione non siasi verificata „ (art. 2257, § 1, codice Francese = 2120, § 2, codice Italiano) e ciò senza distinguere se la condizione, a cui si trovi subordinato il diritto, sia *sospensiva* o *risolutiva;* poichè, in fine, anche quest'ultima ha *carattere sospensivo della risoluzione*, e finchè il diritto o la risoluzione di esso è in sospeso per la pendenza della condizione, essendovi impossibilità legale di esercitare azione, non è concepibile che corra una prescrizione estintiva di questa contro chi non può agire. Le azioni concesse all'assente dall'art. 39, siccome subordinate ad una *condizione risolutiva* tuttora pendente, non potrebbero dunque estinguersi per prescrizione decorsa durante l'assenza; e quando egli ricomparisse, o fosse provata la sua esistenza, potrebbero quelle azioni essere esercitate qualunque fosse il tempo, anche superiore a trent'anni, che fosse trascorso dopo la immissione in possesso definitivo.

Se non che, parve a noi più ragionevole teoricamente, e più conforme alla lettera ed allo spirito della legge, considerare invece i diritti degli immessi in possesso definitivo come dipendenti, non già dalla proprietà quantunque *risolubile*, che costoro abbiano acquistata sui beni dell'assente, ma dalla semplice *immissione in possesso*, come appunto la legge la denomina; salvochè codesto istituto specialissimo, per favore eccezionale di legge, determinato dalle singolari condizioni in cui si versa in codesto stadio dell'assenza, e da fini importanti d'interesse anche pubblico, conferisce, finchè l'immissione definitiva dura, a coloro che la ottengono, poteri simili a quelli della vera e piena proprietà; tanto che i possessori medesimi hanno le facoltà più ampie di libera amministrazione e di libera disposizione dei beni, i quali nondimeno formano tuttora *il patrimonio dell'as-*

sente (1). E crediamo che l'accettazione di queste idee possa pure servire ad una giustificazione, certamente non meno decisiva, del principio d'imprescrittibilità delle azioni esercibili dall'assente ricomparso contro gl'immessi in possesso definitivo dei beni di lui. Invero, se non è *con animo di tener questi beni come propri*, che costoro possono possederli, se li tengono come beni appartenenti tuttora all'assente, e sui quali competono loro soltanto speciali diritti e poteri, assimilati bensì per eccezionale favore di legge a quelli della vera e piena proprietà, ma dipendenti dalla sola immissione in possesso, e revocabili al cessare dell'assenza, manca dunque uno degli elementi indispensabili per costituire un possesso suscettibile di dar fondamento a prescrizione, manca cioè il requisito d'essere il possesso esercitato *con animo di tener la cosa come propria* (art. 686, cod. civ.). E se gl'immessi in possesso non possono invocare la prescrizione acquisitiva, non possono per ciò stesso nemmeno opporre alle azioni dell'assente la prescrizione estintiva; essendo principio fondamentale che chi è convenuto con un'azione di rivendicazione non possa eccepire la prescrizione, se non in quanto abbia posseduto il bene rivendicato col concorso dei requisiti e pel tempo necessario per la prescrizione acquisitiva.

L'assente ricomparso può dunque sempre richiedere agli immessi in possesso la restituzione dei suoi beni nello stato in cui si trovino tuttora presso di loro, o la restituzione di ciò che rappresenti i beni medesimi — sia poi il prezzo, che ancora esista, ritratto dalla loro vendita, o siano gli altri beni nei quali il prezzo sia stato investito — senzachè i possessori possano efficacemente opporre la prescrizione fondata sopra un possesso che non hanno esercitato a titolo di proprietà.

Una prescrizione eccepibile contro le azioni che venissero esercitate dall'assente ricomparso, o dai successori di

---

(1) V. sopra n. 199, p. 900-903; n. 206, p. 924-927.

lui, potrebbe però almeno decorrere dal giorno in cui egli fosse ritornato, o ne fosse stata provata l'esistenza, di guisa che dopo compiuti trent'anni da quel giorno le azioni predette avessero a ritenersi estinte? La risposta affermativa parrebbe dover essere certa, qualora si adottasse la spiegazione, che ricordammo da ultimo, di alcuni autori francesi circa l'imprescrittibilità delle azioni dell'assente contro gli immessi in possesso. Ritenendo che tale imprescrittibilità dipendesse dal principio che la prescrizione non corre, in riguardo ai diritti subordinati ad una condizione, finchè questa non siasi verificata — perchè l'azione dell'assente per ricuperare i suoi beni dipendesse da quella stessa condizione risolutiva a cui fossero soggetti i diritti acquistati sui beni medesimi dagli immessi in possesso — è chiaro che verificatasi la condizione risolutiva, dal giorno cioè in cui per la ricomparsa dell'assente, o per le avute notizie della esistenza di lui, fosse cessata l'assenza, dovrebbe cominciare ad avere il suo corso la prescrizione, la quale si compirebbe nel trentesimo anno successivo.

Ma seguendo il diverso ordine di idee, che a noi sembra preferibile, le conseguenze sarebbero pure differenti relativamente a questa speciale questione. Stabilito che gli immessi in possesso definitivo non siano da considerarsi come esercenti il possesso medesimo *a titolo di proprietà*, con animo cioè di tenere come propri i beni lasciati dall'assente; è poi fuori di dubbio che l'indole giuridica del titolo di possesso non potrebbesi reputare mutata pel solo fatto della cessazione dell'assenza, nè potrebbe valere in contrario la intenzione, per quanto chiaramente manifestata, degli immessi in possesso, di esercitarlo a titolo di proprietà; poichè — com'è espresso nell'art. 2118 del codice civile — " nessuno può cangiare riguardo a se medesimo " la causa ed il principio del suo possesso ".

Continuando essi dunque a tenere i beni come appartenenti al patrimonio dell'assente, e solo soggetti a quegli speciali diritti, quantunque simili a quelli della proprietà,

che per benefizio speciale di legge erano loro conferiti dipendentemente dalla immissione in possesso definitivo, non potrebbe mai cominciare in loro favore il corso d'una prescrizione acquisitiva della proprietà di quei beni; e conseguentemente rimarrebbe sempre viva a vantaggio dell'assente ricomparso, e de' suoi successori, l'azione per ricuperare i beni medesimi, o ciò che li rappresentasse. Non potrebbe esservi eccezione, se non quando fosse avvenuta qualche *interversione di titolo*, a senso dell'art. 2116, codice civile. E specialmente, quando all'azione intentata dall'assente o dai suoi rappresentanti avessero gl'immessi in possesso fatta opposizione, pretendendo che la proprietà dei beni appartenesse loro, comincierebbe da quel giorno il corso della prescrizione in loro favore.

La imprescrittibilità, di cui finora parlammo, è da applicarsi unicamente nei rapporti tra l'assente ricomparso, o del quale sia provata l'esistenza, e gli immessi nel possesso definitivo dei di lui beni, per le azioni promosse da quello, o da chi lo rappresenti, contro questi, per ricuperare i beni che ancora esistano presso di loro, nello stato in cui si trovano, o per conseguire il prezzo ritratto dalla vendita dei beni medesimi, e che si provi essere tuttora in mani di quegl'immessi in possesso, o per conseguire i beni nei quali il prezzo sia stato investito. Abbiamo veduto però che l'articolo 39, attribuendo all'assente ricomparso il diritto di *conseguire il prezzo dei beni alienati, ove sia tuttora dovuto*, viene a conferirgli un'azione direttamente esercibile contro i terzi acquirenti debitori di quel prezzo. E non può essere dubbio che una tale azione, come tutte le altre, tanto reali quanto personali, rimarrebbe estinta per prescrizione col decorso di trent'anni dal giorno nel quale il prezzo fosse divenuto esigibile, secondo la regola generale stabilita nell'art. 2135 del codice civile. Ai terzi acquirenti, debitori del prezzo stipulato dagl'immessi in possesso, è completamente estraneo ogni rapporto dipendente dal titolo del quale questi ultimi posseggono i beni dell'assente.

Quegli acquirenti sono tenuti direttamente verso l'assente ricomparso al pagamento del prezzo convenuto in virtù di una disposizione di legge, che pone l'assente predetto in luogo degl'immessi in possesso, quanto alle ragioni di credito pel prezzo da questi stipulato: ma per ciò stesso non possono essi dunque trovarsi rimpetto all'assente ricomparso, in condizioni diverse da quelle in cui sarebbero di fronte agli alienanti, loro creditori originari. E come a questi potrebbero opporre la prescrizione estintiva, a senso dell'articolo 2135 del codice civile, così parimente possono opporla all'assente ritornato, od ai suoi rappresentanti, che agiscono come subentrati in virtù di disposizione della legge nelle ragioni di quegli alienanti stessi.

219. — È stata proposta una questione di non lieve importanza. Qualora l'assente ritornato non chieda di ricuperare i propri beni, potranno costringervelo coloro che erano stati immessi nel possesso definitivo, rendendosi attori contro di lui? E la risposta, data dall'autore che formolava nei termini surriferiti il quesito, fu negativa; reputando egli " che una simile pretensione, da parte degli " immessi in possesso fosse contraria, tanto al testo stesso " dell'art. 132 del codice Francese, che ai principii di diritto ed alla equità ".

L'espressione usata nel predetto articolo, che l'assente ricomparendo " *ricupererà i suoi beni* " gli pareva " significasse ad un tempo una facoltà ed un vantaggio accordato all'assente, ma non un onere, nè un'obbligazione ".

Questa interpretazione, soggiungeva, essere perfettamente conforme ai principii, perciocchè " gl'immessi in " possesso definitivo hanno chiesti ed ottenuti i beni, non " per un tempo determinato, ma per sempre, non per restituirli quando che fosse, ma per tenerli assolutamente " e indefinitamente. L'immissione in possesso definitivo *è* " *la proprietà*; proprietà incommutabile secondo la intenzione comune degl'immessi medesimi e dei terzi, ed anche

" secondo la legge che regola i loro rapporti; incommutabile
" effettivamente, se l'assente non ritorna, o se non reclama.

" Qualora l'assente, ricomparendo, accetti la situazione
" quale è stata fatta dall'immissione in possesso definitivo,
" quella situazione in cui le cose sarebbero necessariamente
" rimaste se egli non fosse ritornato, non si scorge su qual
" motivo di diritto potesse fondarsi la pretensione dei
" possessori.

" Questa nei suoi effetti riuscirebbe anche spesso d'una
" manifesta iniquità in danno dell'assente, poichè lo ren-
" derebbe vittima di tutti gli errori, di tutte le colpe che
" gli immessi in possesso avessero potuto commettere.

" Ma indipendentemente anche da ciò, e supposto pure
" che l'attivo del patrimonio fosse perito nelle mani degli
" immessi in possesso per mero caso fortuito, il testo ed i
" principii sovra esposti non sarebbero meno applicabili
" per tutti i casi, senza distinzione alcuna „. E da questo ragionamento l'autore conchiudeva che agl'immessi in possesso non potesse spettare contro l'assente ricomparso alcuna azione per costringerlo a riprendere i suoi beni; che anzi, qualora l'assente fosse costretto dai suoi creditori, rimasti insoddisfatti, a pagarli sovra altri beni da lui acquistati durante l'assenza, gl'immessi in possesso fossero tenuti al rimborso fino a concorrenza del valore di quei beni che avevano formato oggetto della immissione, od anche sul patrimonio proprio se con esso avessero confusi i beni predetti (1).

Abbiamo voluto riferire con identiche parole, per non scemarne l'efficacia, i motivi ai quali si appoggia questa opinione. Della quale però confessiamo sembrarci almeno assai dubbio il fondamento sotto ogni aspetto.

E prima, per ciò che riguarda l'interpretazione grammaticale, non pare che alle letterali espressioni del testo di legge del quale si tratta corrisponda perfettamente il

---

(1) V. Demolombe, t. II, n. 177.

senso che ha voluto attribuirgli l'autore. " *Ricuperare* — " egli dice — *significa ritrovare, riconquistare un bene per-* " *duto*, ed è parola che esprime una facoltà ed un van- " taggio insieme, accordati a colui al quale quella parola " è diretta „. Essa però può significare eziandio semplicemente il *rientrare nel possesso, che si sia perduto, di una cosa, alla quale nondimeno si sia conservato il diritto*. Ed è questo anzi il senso che più propriamente si adatta al caso, nel quale i presunti eredi hanno ottenuta *l'immissione in possesso* dei beni lasciati dall'assente, ma questi non hanno cessato di costituire il patrimonio di lui, che ricomparendo ha diritto di riaverlo. Ma, se ancora si voglia accettare la interpretazione data dal *Demolombe*, intendendo il *ricuperare* nel senso di *acquistare di nuovo la proprietà dei beni, passata prima agli immessi in possesso definitivo*; non per questo si è autorizzati a dedurne che la ricuperazione sia una *mera facoltà* conceduta dalla legge all'assente ricomparso. È *un diritto*, che gli compete: un diritto reale, a cui però corrisponde l'obbligazione degli immessi in possesso di restituirgli i beni nello stato in cui si trovano presso di loro. E come non è a dubitarsi che in qualunque obbligazione può sempre chi ne è tenuto esigere di liberarsi, ancorchè la persona alla quale spetta il diritto corrispondente non ne chieda l'adempimento; come non è a dubitarsi che chi possegga una cosa acquistata o riacquistata per qualunque titolo da altri può pretendere da costui che ne riceva la consegna; così, dato pure che il ricuperamento dei beni dell'assente fosse da considerarsi come un vero *riacquisto di proprietà* — anzichè, come a noi pare più veramente, la semplice *ripresa del possesso*, che era stato dato ai presunti eredi, mentre la proprietà non aveva cessato di diritto di appartenere all'assente rimasto in vita — starebbe nondimeno sempre che gli immessi in possesso avrebbero ragione di esigere dall'assente ricomparso che ricevesse la consegna dei beni, dei quali avrebbe riacquistata la proprietà.

Il *Demolombe*, volendo dimostrare che il suo assunto sia pienamente conforme ai principii, afferma che dai presunti eredi dell'assente si chiede e si ottiene la immissione nel possesso definitivo dei beni di lui *per tenerli assolutamente e indefinitamente;* e quella immissione *è la proprietà stessa, incommutabile qualora l'assente non ritorni e non reclami*. Nè l'uno nè l'altro di questi principii ci sembra però precisamente vero. Non è per tenere i beni *assolutamente e indefinitamente*, che i presunti eredi ne chiedano ed ottengano la immissione definitiva, poichè non possono conseguirla se non sotto la condizione espressa dalla legge, che l'assente riabbia quei beni, nello stato in cui li trovi presso i possessori, qualora ricomparisca o ne sia provata la esistenza. Non è una *proprietà incommutabile pel caso in cui l'assente non reclami*, che venga conferita agl'immessi in possesso definitivo. A noi parve anzi di avere potuto stabilire che codesta immissione non attribuisca a chi la ottiene un vero diritto di proprietà, quantunque revocabile, sui beni dell'assente; ma secondo il testo stesso della legge, che non usa mai altra espressione, ne dia loro il solo *possesso*, sebbene gli speciali diritti e poteri, che ne conseguono per disposizioni eccezionalmente favorevoli di legge, siano in tutto simili, pel tempo in cui l'immissione duri, a quelli della vera e piena proprietà. E ciò posto, è chiaro che tutta la base del ragionamento viene cambiata; e che cessata nei suoi effetti giuridici la immissione in possesso, pel ritorno dell'assente, e ritornati conseguentemente a lui tutti gli attributi della proprietà, che non ha mai cessato di appartenergli, deve egli riprendere pure il possesso dei beni medesimi, e i presunti eredi possono costringerlo a riceverne la consegna, liberandosi così da ogni obbligazione e da ogni responsabilità. Ma quando pure si segua la teoria comunemente accettata, ritenendo che l'immissione in possesso definitivo attribuisca a coloro che la ottengono sui beni lasciati dall'assente, un vero diritto di proprietà, revocabile però *ex nunc* nel caso che l'assente ritorni, o ne

sia provata l'esistenza; non si può per altro accogliere l'idea, aggiunta dal solo *Demolombe*, che codesta revocabilità sia inoltre da considerarsi come puramente *facoltativa* a favore dell'assente ricomparso; di guisa che, *se egli non reclami*, sia da ritenersi trasferita agli immessi in possesso la *proprietà incommutabile*. Gli altri autori insegnano invece che quella revocazione avviene *ipso jure:* dato il quale principio, è conseguente che al tempo stesso in cui ricomparisca l'assente, o sia provata la sua esistenza, rientrando egli in tutti i suoi diritti di proprietà, di possesso, e d'amministrazione dei beni suoi, che trovi ancora presso gl'immessi in possesso definitivo, non possa ricusarsi a riceverne da questi la consegna, come non può, chiunque abbia la piena proprietà di una cosa, pretendere che altri la ritenga. Dicono infatti gli altri autori che " la proprietà attribuita " agl'immessi in possesso definitivo *è revocata*, ma solo " per l'avvenire, *quando l'assente ricomparisce* o si otten- " gono sue notizie „ (1) o che " gl'immessi in possesso " definitivo sono proprietari per tutto il tempo durante il " quale l'assente non ricomparisca: ma *dal momento in cui* " *egli ritorni, il loro diritto è revocato*, solo però per l'avve- " nire „ (2). Le quali proposizioni accennano chiaramente una revocazione che si opera per virtù piena e diretta di legge, all'istante stesso della cessazione dell'assenza; non già una *revocabilità dipendente da mera facoltà*, che l'assente ricomparso possa a suo grado esercitare o no. E invero sarebbe strano che dopo finita l'assenza, e con essa cessata pure l'immissione, che ne era conseguita, dei presunti eredi nel possesso dei beni, rimanesse nondimeno vivo l'effetto che la detta immissione avrebbe prodotto — secondo l'opinione comune — d'un trasferimento di proprietà a favore dei possessori, e la revocazione della proprietà stessa non avesse luogo, se non quando all'assente ricomparso piacesse di chiederla.

---

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 157, p. 623.
(2) V. Laurent, t. II, n. 225.

Ciò quanto ai principii di diritto, ai quali il *Demolombe* ha reputato di poter appoggiare l'opinione sua. Egli ha inoltre invocato a favore dell'assente ricomparso le considerazioni di equità, che ha dedotte dalla ipotesi non improbabile — per ciò stesso che costui non si curi di chiedere la restituzione de' suoi beni — che il passivo del patrimonio superi l'attivo, fors'anche per mala amministrazione, o per liberalità sconsigliate degli stessi immessi nel possesso definitivo. L'autore però si affretta a soggiungere che " mantiene la stessa soluzione anche pel caso che " l'attivo non sia perito che per caso fortuito fra le mani " degl'immessi in possesso „. Ora in questa ipotesi, dov'è la equità, che giustifichi il rifiuto dell'assente ricomparso di riprendersi i suoi beni, quando l'attivo patrimoniale non è diminuito che per casi fortuiti, i quali l'avrebbero ugualmente danneggiato se si fosse trovato sempre nelle mani di lui?

Ma sia pure che realmente il patrimonio dell'assente sia stato danneggiato per fatto o colpa degl'immessi in possesso — i quali abbiano fatte donazioni, abbiano trascurate riparazioni necessarie agl'immobili, abbiano abbattuti edifizi e piantagioni, ecc. — e che intanto non essendo stati estinti i debiti, il passivo patrimoniale superi l'attivo. Avrà fondamento perciò l'affermazione che l'equità assista l'assente ricomparso, per ricusarsi di riprendere i suoi beni *nello stato in cui si trovano* — come diceva l'art. 132 del codice Francese, e come ripete l'art. 39 del codice Italiano — e per dargli anzi, secondo l'opinione del *Demolombe*, un diritto di regresso contro gl'immessi in possesso, pel caso che i creditori dell'assente lo costringessero a pagare sugli altri beni ch'egli avesse acquistato durante l'assenza nel luogo in cui si fosse trovato? A noi veramente non pare che ciò sia sostenibile. Gl'immessi in possesso hanno usato legittimamente di un loro diritto disponendo liberamente dei beni, che costituivano l'attivo del patrimonio dell'assente, nè hanno potuto incorrere per ciò in veruna responsabilità. Non hanno

ragione di lagnarsene i creditori, i quali devono imputare a sè stessi d'essersi esposti alle eventuali diminuzioni del patrimonio del debitore, se avevano crediti chirografari e non ancora esigibili; o di non aver usata l'opportuna diligenza nell'esercizio delle loro ragioni, se avevano crediti esigibili. Nè ha ragione di lagnarsene l'assente, il quale se incontra danno, perchè da una parte trova diminuito il suo patrimonio, e dall'altra trova tuttora insoluto il passivo, di modo che può esser costretto a pagare i debiti con altri beni, che non formavano oggetto dell'immissione definitiva in possesso ottenuta dai suoi presunti eredi, deve tutto questo al fatto proprio, per aver trascurato di dar notizie di sè e di provvedere ai propri affari. Dov'è dunque, ripetiamo, la equità, che possa fondatamente essere invocata dall'assente ricomparso, per ricusarsi di riprendere i propri beni, e per esercitare regresso contro i possessori, sia pure che questi abbiano per loro colpa depauperato il patrimonio? In un solo caso, non solo l'equità, ma l'applicazione dello stretto diritto potrebbe autorizzare l'assente ricomparso ad un tale regresso; e sarebbe quando gl'immessi in possesso, nel fare atti di cattiva amministrazione, o nel disporre dei beni a titolo gratuito, avessero agito *con frode*, sapendo cioè, o sospettando per circostanze determinate, che l'assente vivesse ancora. Il principio che “ qualunque fatto dell'uomo “ che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del “ del quale è avvenuto, a risarcire il danno (art. 1151, co- “ dice civ.) avrebbe in tal caso la sua applicazione „.

B

Accertamento della esistenza dell'assente.

Sommario. — 220. Effetti dell'essere provata l'esistenza dell'assente, secondo i diversi stadi nei quali l'assenza si trovi.

220. — Allorchè non ricomparendo personalmente l'assente, siano però somministrate prove dalle quali risulti

accertata l'esistenza di lui, non si ha meno l'effetto della cessazione dell'assenza, qualunque sia il periodo in cui essa si trovi, o di semplice *presunzione*, o di *dichiarazione giudiziale*, e in quest'ultimo caso, tanto se sia stata pronunciata l'immissione temporanea quanto anche l'immissione definitiva dei presunti eredi nel possesso dei beni; dappoichè in ognuno di questi casi ugualmente viene a mancare il fondamento essenziale dell'assenza, consistente — come tante volte ripetemmo — nella incertezza circa l'esistenza della persona scomparsa dall'ultimo suo domicilio o dall'ultima sua residenza, e di cui manchi ogni notizia.

È perciò che nelle disposizioni degli art. 33 e 39 del codice civile — il primo dei quali articoli riguarda l'immissione in possesso temporaneo, e l'altro la immissione definitiva — troviamo accennati i due casi, che *l'assente ritorni*, o che *venga provata la sua esistenza*, come produttivi d'identici effetti. Tuttavia non manca tra l'uno e l'altro di questi casi qualche differenza rilevante.

Il ritorno della persona tronca necessariamente ed assolutamente l'assenza, in qualunque periodo si possa considerarla. Non solo cessano immediatamente tutti gli effetti della dichiarazione giudiziale; ma nemmeno è più possibile la *presunzione dell'assenza*, e diviene quindi inapplicabile, in generale, qualunque disposizione di questo titolo del codice civile.

All'opposto, se non ripresentandosi l'assente, si hanno però le prove della esistenza di lui, cessano bensì per ciò solo gli effetti della dichiarazione di assenza (art. 33, codice civile); ma potendosi verificare che le notizie prodotte risalgano a tempo più o meno lontano, e che quindi rimanga incerto se l'assente esista ancora attualmente, si può così ricadere nella *presunzione di assenza* (art. 20, cod. civ.) e possono anche concorrere gli estremi necessari per farsi luogo ad invocarne una nuova dichiarazione giudiziale (articolo 22, cod. civ.). A tale proposito gioverà, innanzi tutto, richiamare due principii fondamentali già stabiliti prece-

dentemente, l'applicazione dei quali può in questo argomento essere di molta utilità.

Dimostrammo che per costituire la *presunzione d'assenza* non basta che la persona *siasi allontanata* dal luogo del suo ultimo domicilio, o dell'ultima sua residenza, e *non se ne abbiano notizie*, ma è necessario che il complesso delle circostanze, le quali accompagnino la mancanza di notizie, sia tale da indurre, a prudente apprezzamento dei giudici, una ragionevole incertezza sulla esistenza della persona medesima (1). Dimostrammo pure che per determinare il tempo in cui l'assenza abbia cominciato devesi avere riguardo *alla data delle ultime notizie*, non al giorno in cui queste siano state ricevute nel luogo d'ultimo domicilio o d'ultima residenza della persona (2). Ora, posto ciò, quantunque sia ben difficile il supporre che quando si invochi la cessazione degli effetti dell'assenza si riesca a provare in modo assoluto *l'esistenza attuale* di colui che non è ricomparso nel proprio domicilio, tuttavia la prossimità della data delle notizie prodotte, ed il concorso delle circostanze che valgano a spiegare la persistente lontananza della persona e la mancanza di notizie ulteriori, potranno non di rado indurre bastante convincimento che non vi sia quella incertezza sulla esistenza della persona medesima, ch'è indispensabile per caratterizzare l'assenza. Allora pertanto questa non sussisterà più, nemmeno per semplice presunzione.

Ma se invece le notizie, delle quali si somministra la prova, siano di data recente, e questa circostanza congiunta ad altre dia fondato motivo a dubitare se l'assente esista ancora o sia morto, cesseranno bensì gli effetti dell'*assenza dichiarata*, qualora siasi in questo stadio, ma rimarranno quelli dell'*assenza presunta*. Se poi la mancanza di ulteriori notizie, dopo quelle delle quali si producesse la prova, e la conseguente incertezza sulla esistenza della persona, risa-

(1) V. sopra, n. 140, p. 483-485.
(2) V. sopra, n. 152, p. 547-549.

lisse almeno a tre anni addietro, od a sei anni qualora contemporaneamente a quelle ultime notizie date di sè lo assente avesse costituito un procuratore, si verificherebbero condizioni nelle quali non vi sarebbe soltanto *assenza presunta*, ma si potrebbe pure invocarne di nuovo *la dichiarazione giudiziale*, a tenore del citato articolo 22 del codice civile.

Potrebbesi anzi, a primo aspetto, concepire il pensiero che in quest'ultimo caso non fosse neppur necessario il promuovere una nuova dichiarazione giudiziale, ma dovessero continuare gli effetti della prima; dappoichè la cessazione di questi non sarebbe ancora avvenuta al tempo in cui si sarebbero riprodotti gli estremi costituenti il fondamento della dichiarazione stessa.

Tuttavia bastano poche riflessioni per dimostrare inaccettabile una tale idea. La sentenza, che dichiarò prima la assenza, non può più avere alcuna efficacia; poichè si suppone provato che l'assente abbia vissuto anche dopo pronunciata quella sentenza. Il procedimento che condusse a quel giudicato, le informazioni allora assunte, i risultamenti che se n'ebbero, non possono più tenersi in alcun conto, a fronte della evidenza del fatto contrario, dimostrato colla produzione di posteriori notizie dell'assente. Bisogna dunque rinnovare il procedimento, assumere altre informazioni, giudicare di nuovo sulle loro risultanze; e pronunciata questa seconda dichiarazione, ricominciare il periodo della immissione temporanea in possesso.

E siccome tutto ciò può avvenire dopo che la primitiva immissione in possesso sia già stata definitiva, e siccome può essere ancora che il diritto alla nuova immissione spetti alle stesse persone che già ottennero la prima; così in tal caso il loro possesso, da definitivo che già era, ritornerebbe temporaneo. Ciò — ben s'intende — non nuocerebbe punto agli effetti già verificati dipendentemente dal possesso definitivo anteriore; tanto se la nuova immissione spettasse agli stessi individui che già avessero ottenuta la

prima, quanto se fosse dovuta ad altri, che ne avessero il diritto e lo invocassero (1).

Il primo degli autori ora citati ne dà un esempio, che stimiamo opportuno di riferire colle stesse parole di lui, sembrandoci che ne risulti confermata fino all'evidenza la teoria.

" Così — egli diceva — nel 1810 è scomparso un individuo; nel 1814 un suo cugino ha chiesto, e nel 1815 ha " ottenuta la dichiarazione di assenza; nel 1845 è stata " pronunciata l'immissione definitiva. Cinque anni dopo, " cioè nel 1850, ritorna un nipote dell'assente, ch'era partito " con lui. Non sa se lo zio viva ancora, ma prova ch'esso " esisteva nel tal luogo dieci anni dopo la dichiarazione di " assenza, nel 1825. Questa dichiarazione non può più " produrre i suoi effetti, giacchè si hanno notizie di data " posteriore, nè la dichiarazione può essere efficace secondo " gli articoli 115 e 121, se non quando sia stata chiesta " *quattro o dieci* anni dopo la scomparsa o le *ultime notizie* " dell'assente (*tre o sei* anni dopo, secondo l'art. 22 del " codice Italiano). Ora qui, le ultime notizie risalgono al " 1825: è dunque solamente partendo da questa data, che " *ricomincia l'incertezza sulla esistenza della persona*. Conseguentemente dalla data stessa *ricomincia una nuova presunzione di assenza*, la quale non essendo stata susseguita " da una dichiarazione giudiziale, ha continuato *come semplice presunzione* fino al 1850, quando furono portate " nuove indicazioni, cioè pel periodo di venti anni. *Non si* " *possono dunque accordare nuovi effetti alla dichiarazione di* " *assenza*, pur conservando quelli che aveva prodotti anteriormente. Così si fa luogo a *chiedere una nuova dichiarazione di assenza*; poi, quando essa sia pronunziata, *seguirà* " *una nuova immissione temporanea*, non più a vantaggio del " cugino, che già aveva conseguito il possesso definitivo in " virtù della prima dichiarazione di assenza, ma a profitto

(1) V. Marcadé, art. 131, t. I, n. 440, 441, 442; Demolombe, t. II, n. 190.

" del nipote, che si trova più prossimo erede alla data delle
" ultime notizie. A lui quindi dovrà il cugino, che aveva
" ottenuta l'immissione definitiva, restituire i beni *nello*
" *stato in cui si trovino*, a senso dell'art. 132 „.

I principii sovra esposti sono, del resto, applicabili non solo nel caso finora supposto, che le notizie dell'assente siano *posteriori alla sentenza* con cui fu pronunciata la prima dichiarazione di assenza; ma quando pure si riferiscano ad un tempo intermedio a quello, il cui decorso era necessario, secondo l'art. 22, per dar luogo legalmente alla detta dichiarazione. Così, se si provi che l'assente viveva due anni prima che l'assenza fosse dichiarata, od anche cinque anni prima, se aveva lasciato un procuratore per amministrare; ciò basterà perchè, distrutti gli elementi che erano indispensabili a tenore dell'art. 22, cessi l'efficacia di quella dichiarazione. " Sarebbe ugualmente necessaria una nuova
" dichiarazione di assenza — così osservava il medesimo
" autore — anche quando il tempo, a cui risalisse l'accer-
" tamento della esistenza dell'assente, *fosse anteriore alla*
" *prima dichiarazione*. Così, nell'esempio già proposto, in
" cui l'assenza era stata dichiarata nel 1815, bisognerebbe
" una nuova dichiarazione per ciò solo che si provasse esser
" l'assente vissuto ancora nel 1814, nel 1813, o nel 1812.
" E ciò pel motivo che la dichiarazione di assenza non è
" regolare, legale, e non può produrre gli effetti suoi, se
" non quando sia stata preceduta da 5 o da 11 anni d'in-
" certezza sull'esistenza dell'assente „.

Vediamo ora quali siano gli effetti speciali che la prova della esistenza dell'assente possa produrre, secondo il diverso periodo in cui l'assenza si trovi al tempo nel quale una tal prova venga somministrata.

Qualora ciò avvenga durante il periodo della semplice presunzione di assenza, questa necessariamente cessa con tutti gli effetti suoi. Deve quindi aver fine il mandato, che per ordinanza del tribunale sia stato conferito a taluno — a senso dell'art. 21, cod. civ. — per rappresentare in de-

terminati atti l'assente od amministrarne i beni; e devono pure aver fine tutti gli altri provvedimenti, che il tribunale avesse dati come necessari alla conservazione del patrimonio dell'assente stesso. Tuttavia non è da escludere che a questa regola possa farsi qualche eccezione. Dell'assente si sono avute notizie, che ne accertano l'esistenza; ma egli non è ritornato nel luogo di suo ultimo domicilio o di sua ultima residenza, nè — lo supponiamo — ha costituito un procuratore per rappresentarlo ed amministrare i suoi beni. Se in questo stato di cose cessasse immediatamente, pel solo fatto delle notizie pervenute, ogni mandato giudiziale conferito a date persone per rappresentare l'assente in determinati atti, ogni provvedimento preso dal tribunale per la conservazione del patrimonio dell'assente, potrebbe darsi che affari importanti ed urgenti rimanessero incompiuti, che si disperdessero o deteriorassero i beni, che il patrimonio subisse insomma notevoli danni. E ciò non sarebbe certo conforme alla equità per l'assente, che forse si trova pel momento nella impossibilità di provvedere da sè alle cose proprie, e che d'altronde si affida alla protezione accordatagli dalla legge; nè sarebbe coerente allo scopo di conservazione, che la legge stessa si è proposto nelle disposizioni che ha date per la pre-unta assenza. È dunque ragionevole che il tribunale possa, a suo precedente criterio, e quando il bisogno lo esiga, secondo le circostanze particolari dei casi, ordinare che i rappresentanti da esso nominati per l'assente continuino nel loro ufficio, che i provvedimenti dati per la conservazione del patrimonio rimangano in vigore, infino a che l'assente, del quale per le notizie sopraggiunte è stata accertata l'esistenza, o non sia ritornato, o non abbia provveduto egli medesimo in altro modo ai propri interessi. Nè manca un testo di legge, dal quale si possa argomentare in questo senso per analogia, pur non essendovi nell'art. 21, riguardante la presunzione di assenza, una precisa disposizione in proposito. L'art. 33 del codice civile, regolando con norme comuni i due casi, che *durante*

il possesso temporaneo l'assente ritorni, o che venga provata la sua esistenza, stabilisce che nell'uno come nell'altro cessano bensì gli effetti della dichiarazione di assenza, ma si possono applicare, ove sia d'uopo, le cautele di conservazione e di amministrazione del patrimonio stabilite dall'articolo 21. Di ciò abbiamo parlato già in un numero precedente (1). Per maggior ragione sembra adunque potersi ritenere che anche nello stadio dell'assenza semplicemente presunta sia lecito al tribunale di prescrivere, *ove sia d'uopo*, che siano mantenuti i provvedimenti da esso dati per la rappresentanza dell'assente e per la conservazione del patrimonio di lui, finchè egli non sia ritornato o non abbia costituito un procuratore. Diciamo essere ciò da ammettersi per maggiore ragione; perchè nel caso dell'art. 33 si tratta di sostituire alla immissione dei presunti eredi nel possesso temporaneo, che viene a cessare, provvedimenti diversi, propri del periodo anteriore dell'assenza presunta; mentre qui si tratta soltanto di ordinare la continuazione provvisoria delle stesse misure ch'erano state prese per l'assenza presunta.

Per simili motivi era ritenuto pure nella dottrina francese che " se l'assente desse sue notizie senza ricomparire, la " assenza cessava ugualmente; ma per analogia della dispo- " sizione dell'art. 131 — a cui corrisponde appunto l'arti- " colo 33 del codice Italiano — riguardante il caso di " dichiarazione di assenza, il tribunale poteva prescrivere " delle misure, sia pei beni, sia nell'interesse dei figli „ (2).

Aggiungasi, che, per quanto dimostrammo in principio di questo trattato, i provvedimenti ammessi dalla legge per la presunta assenza possono essere qualche volta applicabili anche alle persone semplicemente *non presenti* (3). Ritenuto ciò, tanto meno potrebb' esservi difficoltà ad ammettere la facoltà nel tribunale di ordinare, in caso di

---

(1) Vedi sopra, n. 214, p. 977, 978.
(2) V. Laurent, t. II, n. 151.
(3) V. sopra, n. 130, p. 412-416.

bisogno, la continuazione dei provvedimenti che aveva dati per l'assente presunto, allorchè essendo accertata l'esistenza di lui, ma non essendo egli ricomparso, nè avendo costituito procuratore, trovasi appunto *non presente*. Ed anzi crediamo non doversi neppure estendere a questo caso quella limitazione che reputammo da adottarsi rispetto ai casi di non presenza in generale; che, cioè, l'autorità giudiziaria non possa ordinare provvedimenti per la conservazione de' beni di persone semplicemente lontane, ma non *assenti* nel senso legale della parola, se non quando *ne sia fatta istanza da qualcuno che abbia interesse legittimo alla conservazione appunto di quei beni*. Per l'assente presunto. che ha cessato di esser tale solo per le notizie avute della sua esistenza, senzachè sia ritornato, nè abbia costituito procuratore, pensiamo invece che il tribunale possa *anche d'ufficio* stabilire che continuino provvisoriamente le misure ordinate per l'assenza presunta; sia perchè non si tratta di assumere d'autorità una ingerenza nella gestione de' beni d'una persona non colpita d'alcuna causa d'incapacità, ma trattasi soltanto di far luogo, esigendolo le circostanze speciali, al compimento di quei provvedimenti che già erano stati legittimamente dati per chi era allora veramente assente presunto; sia perchè l'art. 33 offre per questo caso un argomento di analogia, che non potrebbe con uguale efficacia essere invocato riguardo a chi non fu mai veramente assente, ma solo *non presente*.

Ciò che abbiamo detto relativamente a questa facoltà, che riteniamo spettante al tribunale, ci suggerisce un altro dubbio, che può essere proposto. Per la cessazione dei provvedimenti, che l'autorità giudiziaria aveva emanati pel presunto assente, è necessaria una nuova pronunzia della autorità stessa, la quale riconoscendo provata l'esistenza dell'assente, revochi quei provvedimenti?

Una questione simile fu preveduta da un autore francese relativamente allo stadio della dichiarazione di assenza, susseguita dalla immissione in possesso dei beni; e ne par-

leremo appresso. Frattanto limitandoci all'ipotesi che venga provata l'esistenza di chi era assente semplicemente presunto, ci sembra indubitabile la necessità che intervenga una nuova pronunzia del tribunale, senza la quale nè i rappresentanti da esso nominati per l'assente possano dispensarsi dal continuare ad eseguire il loro mandato, nè possa ommettersi l'adempimento degli altri provvedimenti che siano stati dati per la conservazione del patrimonio; quantunque abbiasi veramente la prova che l'assente esista ancora. Questa prova infatti ha bisogno d'un apprezzamento; e il riconoscere se veramente sia tolta da essa la incertezza che prima vi era sulla esistenza dell'assente, non può spettare che all'autorità giudiziaria da cui furono dati i provvedimenti per la presunta assenza, la quale in tal caso potrà revocarli. Oltre di che — come abbiam dimostrato — il tribunale potrebbe anche riconoscere necessario ed ordinare che i provvedimenti dati continuassero temporaneamente fino a che l'assente ritornasse o costituisse un procuratore per rappresentarlo: e ciò rende dunque tanto più evidente il bisogno che il tribunale stesso esamini e pronunzi. Allorchè l'assente presunto, sebbene non sia ricomparso personalmente, abbia costituito un procuratore per l'amministrazione dei suoi beni, la presentazione stessa del mandato vale da una parte di prova incontestabile dell'esistenza dell'assente, e dall'altra autorizza il mandatario a richiedere, in rappresentanza del mandante, la consegna dei beni, e ad impedire qualunque estranea ingerenza in essi. È dunque naturale che gli uffici conferiti dal tribunale ad altri per la rappresentanza dell'assente presunto e per l'amministrazione dei suoi beni, e tutti gli altri provvedimenti ordinati per la conservazione del patrimonio, debbano senz'altro, *ipso facto et jure*, cessare; e che coloro, i quali erano investiti del mandato giudiziale, possano validamente liberarsi consegnando i beni ed abbandonando i loro poteri in mani del procuratore, che presentandosi con regolare mandato dell'assente prova l'esistenza di lui, e quindi la cessazione

della presunzione di assenza con tutti gli effetti che n'erano conseguiti, e dimostra nel medesimo tempo di agire legittimamente in rappresentanza del proprietario de' beni stessi. Ma quando siano solo giunte notizie dell'assente, senza che egli sia ritornato nè abbia costituito procuratore, chi mai potrebbe presentarsi in veste di rappresentante l'assente medesimo, ed esercitare in nome di lui diritti, e liberare i rappresentanti od amministratori nominati dal tribunale, prendendo da essi la consegna de' beni? Non certo i presunti eredi dell'assente, i quali non avevano ancora ottenuta l'immissione in possesso. Tutt'al più sarebbe da ammettersi che questi presunti eredi della persona che trovavasi assente, od altri interessati, od anche il ministero pubblico, come poterono — a tenore dell'art. 21, cod. civ. — fare istanza al tribunale pei provvedimenti ch'esso poi emanò, così potessero domandarne la revoca. Ma dunque sarebbe pur sempre necessaria a tale oggetto una pronunzia del tribunale.

Per tutte queste riflessioni, pertanto, crediamo abbastanza dimostrato che la prova dell'esistenza di chi era presunto assente non possa essere sufficiente, per ritenere estinto il mandato di coloro che siano stati dal tribunale nominati a rappresentarlo in determinati atti, o ad amministrarne i beni, nè per ritenere cessati gli altri provvedimenti ordinati per la conservazione del patrimonio dell'assente medesimo, a senso di detto art. 21, se non sia chiesta ed ottenuta una nuova pronunzia del tribunale, che apprezzando le prove prodotte, revochi quelle nomine e quei provvedimenti.

Quanto abbiam detto relativamente al caso in cui sopraggiungano prove della esistenza della persona che sia semplicemente *presunta assente*, deve pure applicarsi nell'altro caso che sia già stata pronunciata la dichiarazione giudiziale dell'assente, ma ancora non sia stata chiesta ed ottenuta dai presunti eredi la immissione nel possesso dei beni; poichè, come osservammo altra volta, anche dopo

pronunciata quella dichiarazione giudiziale, finchè non segua l'effettiva immissione dei presunti eredi nel possesso dei beni, continuano a sussistere i provvedimenti che il tribunale abbia ordinati nel periodo della presunzione di assenza (1).

Se venga provata l'esistenza dell'assente durante lo stadio della immissione temporanea in possesso, *cessano gli effetti della dichiarazione di assenza*, e si verificano a carico ed a favore degl'immessi in possesso tutte quelle obbligazioni e tutti quei diritti medesimi a cui vedemmo farsi luogo qualora l'assente ritorni (2); dappoichè, come già osservammo in principio di questo numero, l'uno dei due casi è perfettamente parificato all'altro per espressa disposizione dell'art. 33. Per altro vi sono differenze, che derivano necessariamente dal fatto stesso del non ripresentarsi personalmente l'assente. Quando egli nel mandar sue notizie abbia contemporaneamente provveduto all'amministrazione de' propri beni col costituire a tale scopo un procuratore, questi rappresentando la persona stessa del mandante, ne eserciterà i diritti verso i possessori temporanei, i quali saranno tenuti a rendergli il conto della loro amministrazione, ed a restituirgli i beni e le rendite riservate all'assente, non altrimenti che se quest'ultimo si fosse personalmente ripresentato. Nè allora potrà, in generale, farsi luogo — secondo la riserva contenuta nella parte finale del primo paragrafo di detto art. 33 — ad ordinare *cautele di conservazione e di amministrazione del patrimonio;* essendo cessata l'assenza, ed avendo la persona lontana dal suo domicilio o dalla sua residenza provveduto ai propri interessi nel modo che ha creduto conveniente, colla piena libertà che le spetta circa le cose sue. Solamente nel caso che per la data non recente delle notizie dell'assente, e del mandato, e pel concorso di altre circostanze, fosse da ritenersi divenuta nuovamente incerta la esistenza dell'assente, e vi fosse necessità di provvedere

(1) V. sopra, n. 213, p. 975, 976.
(2) V. sopra, n. 214, p. 977, ss.

ad atti che il procuratore non avesse facoltà di fare stando ai termini del mandato conferitogli, potrebbe il tribunale nominare chi rappresentasse in quegli atti l'assente — poichè si verserebbe di nuovo nel caso di *presunta assenza* — e potrebbe pur dare gli altri provvedimenti che occorressero; e ciò in virtù delle disposizioni dell'art. 21, codice civile. Oltre a ciò, quella costituzione di procuratore avrebbe in ogni caso l'effetto di rendere necessario il decorso di sei anni continui — a norma dell'art. 22, cod. civ. — prima che si potesse far luogo a chiedere una nuova dichiarazione di assenza.

Ma quando si abbiano soltanto prove della esistenza dell'assente, senza che sia stato da lui costituito alcun procuratore per rappresentarlo ed amministrarne i beni, chi dunque e in qual modo potrà, producendo quelle prove, costringere i possessori temporanei a restituire i beni e le rendite?

L'art. 33 ci dice che " se durante il possesso tempo-" raneo... viene provata l'esistenza dell'assente, *cessano* " *gli effetti della dichiarazione di assenza, salve, ove sia* " *d'uopo, le cautele di conservazione e di amministrazione del* " *patrimonio stabilite dall'articolo* 21; e i possessori tem-" poranei dei beni debbono farne restituzione con le ren-" dite, a norma dell'art. 31 ".

Dal testo stesso di questa disposizione risultano stabiliti i seguenti punti:

1° Che pel fatto stesso di essere accertata per sopraggiunte notizie l'esistenza dell'assente, cessano *ipso jure* tutti gli effetti legali della dichiarazione di assenza;

2° Che però è lasciata facoltà al tribunale di ordinare, se sia necessario per la conservazione e l'amministrazione temporanea del patrimonio, quegli stessi provvedimenti che sono ammessi coll'art. 21 per l'assenza presunta;

3° Che i possessori temporanei sono tenuti, quando ne siano richiesti, a restituire i beni e le rendite secondo le norme dell'art. 31.

Vediamo quali siano le conseguenze di questi principii; e forse potremo ritrovarvi gli elementi per sciogliere la questione che proponemmo.

Essendo stabilita per legge la cessazione d'ogni effetto della dichiarazione d'assenza, dal giorno in cui l'esistenza dell'assente è provata, ne deriva dunque che dal medesimo giorno debba cessar parimente *ipso jure* la immissione in possesso dei beni a favore dei presunti eredi. Questa immissione presupponeva la dichiarazione dell'assenza, la incertezza dell'esistenza dell'assente. Dal momento nel quale l'esistenza di lui è accertata, e la dichiarazione di assenza non può quindi produrre più alcun effetto, l'immissione in possesso non può più sussistere giuridicamente perchè manca di base. Nè può essere necessaria a tal uopo una nuova sentenza del tribunale. Quella con cui era stata dichiarata l'assenza perde ogni sua efficacia per virtù diretta ed immediata della disposizione della legge, in forza del fatto stesso dell'accertata esistenza dell'assente. Certo, che se gl'immessi in possesso temporaneo contestino le prove di questo fatto, diverrà indispensabile una pronunzia dell'autorità giudiziaria, che giudichi tra i contendenti. Ma se la contestazione non sorge, od è riconosciuta infondata, dal giorno a cui risale l'accertamento della esistenza dell'assente, non può più reputarsi legalmente esistente l'immissione in possesso dei presunti eredi. Costoro pertanto non hanno più potuto avere da quel giorno che una semplice *detenzione* dei beni dell'assente; un *possesso naturale*, non suscettibile di produrre effetti giuridici, tra i quali quello di far proprie in tutto od in parte le rendite, a senso degli articoli 30 e 31 del codice civile. E se anche abbiano continuato a tenere i beni dell'assente con animo di esercitare sopra di essi i diritti della immissione in possesso, potranno bensì giovarsene qualora siano stati *in buona fede*, ignorando le notizie della esistenza dell' assente (arg. articolo 703, codice civile); ma se al contrario abbiano saputo queste notizie, dovranno esser trattati come

possessori di mala fede, e subirne tutte le conseguenze.

Nel senso preaccennato crediamo approvabile l'opinione di un autore, il quale parlando del caso in cui *sia provato che l'assente esisteva o durante l'immissione provvisoria, o durante l'immissione definitiva*, ha detto esser chiaro " che " la sentenza di dichiarazione d'assenza e d'immissione in " possesso deve cadere; giacchè non aveva altra base fuori " dell' incertezza che regnava intorno alla vita od alla " morte dell'assente; *nè sembra neppure che occorra, in ge-* " *nerale, a tale riguardo una nuova sentenza, semprechè però* " *la prova dell'esistenza dell'assente sia riconosciuta* „ (1).

Tuttavia non è da trascurarsi il secondo dei principii sopra riferiti, e risultanti dalla disposizione dell'art. 33, che conferisce al tribunale un potere discretivo per ordinare, " *ove sia d'uopo, le cautele di conservazione e di ammi-* " *nistrazione del patrimonio stabilite dall'art.* 21 „. Non è difficile comprendere il senso ed i motivi di questa disposizione. Se pel tempo non breve, che fosse trascorso tra la data ed il ricevimento delle ultime notizie dell'assente, e pel concorso eziandio d'altre circostanze, fosse da reputarsi nuovamente incerta l'esistenza di lui, ricadendosi così nel caso dell'*assenza presunta*, sarebbe senz'altro applicabile l'art. 21 del codice civile; nè quindi per tale ipotesi sarebbe stato necessario dichiarare nell'art. 33 che il tribunale potesse emanare i provvedimenti contemplati nel detto art. 21. Ma il legislatore volle dare una maggiore estensione alla sua disposizione, accordando al tribunale la facoltà di ordinare, se le circostanze lo richiedano, gli stessi provvedimenti che potrebbe emanare qualora vi fosse veramente *assenza presunta*, sebbene di questa non si verifichino gli estremi, sebbene dal complesso delle circostanze risulti abbastanza accertata l'*esistenza attuale* dell'assente. Non essendosi però egli ripresentato, nè avendo costituito procuratore, i presunti eredi — non ostante la cessazione

---

(1) V. Demolombe, t. II, n. 190.

ipso jure di tutti gli effetti legali della dichiarazione di assenza, e quindi anche di quelli della immissione in possesso da loro ottenuta — continuerebbero a *detenere* i beni, non venendone domandata la restituzione da chi solo potrebbe richiederla, cioè dall'assente o da un suo rappresentante. Ora un tale stato di cose lascierebbe esposti a grave pericolo gl'interessi del proprietario lontano, per abusi che i possessori potrebbero commettere, sapendo di dovere da un momento all'altro rendere i beni. Era dunque opportuno, per proteggere questo proprietario, il quale presumibilmente si trova di fatto in condizioni tali da non poter provvedere da sè ai propri interessi nel luogo di suo domicilio o residenza, l'affidarsi al prudente criterio del tribunale, dandogli facoltà di ordinare, se lo reputasse necessario, quelle medesime *cautele di conservazione e di amministrazione del patrimonio*, che potrebbe prescrivere se si trattasse di vera assenza presunta. Ciò stesso però rende evidentissima la necessità, in questa parte, di una formale pronunzia del tribunale.

Chi potrà provocarla? La risposta non sembra difficile. La legge ha assimilato al caso di assenza presunta quello in cui, provata l'esistenza di chi fu assente dichiarato, questi però non siasi ancora ripresentato nel luogo di suo ultimo domicilio e di sua ultima residenza; ed anche per quest'ultimo caso ha voluto dar luogo a potersi dal tribunale ordinare gli stessi provvedimenti, richiamando espressamente la disposizione dell'art. 21. È dunque evidente che si debba riferirsi parimente a questa disposizione per determinar le persone che possano provocare dal tribunale i provvedimenti medesimi. E poichè è contro i presunti eredi immessi nel possesso temporaneo, che l'istanza deve essere fatta, sarà essa pertanto proponibile *dagli altri interessati*, od anche *dal ministero pubblico*, come appunto è stabilito nel citato art. 21 (1).

---

(1) V. sopra, n. 142, p. 493, ss.

Qualora il tribunale, usando del potere conferitogli dalla legge, abbia ordinato che i beni dell'assente, del quale per sopraggiunte notizie sia accertata l'attuale esistenza, debbano essere amministrati, finchè egli non sia ritornato, o non abbia costituito procuratore, da determinate persone diverse da quelle ch'erano state immesse nel possesso temporaneo dei beni medesimi, sarà a queste persone che i possessori provvisionali dovranno render conto della loro gestione, e restituire i beni e le rendite, in conformità del disposto dell'ultimo paragrafo dell'art. 33.

Se sia provata l'esistenza dell'assente dopo che già sia stata pronunciata l'immissione nel possesso definitivo — ed è questo l'ultimo dei casi che dobbiamo esaminare circa gli effetti speciali che dalla prova dell'esistenza dell'assente possono derivare — spettano a lui e possono anche essere esercitate in suo nome dal procuratore che abbia costituito, quelle identiche ragioni che vedemmo essergli attribuite dall'art. 39 del codice civile nella ipotesi ch'egli sia ricomparso personalmente (1). Il predetto articolo parifica infatti completamente i due casi, dicendo sì per l'uno, come per l'altro, che " l'assente ricupera i beni nello stato in cui " si trovano, ed ha diritto di conseguire il prezzo di quelli " alienati, ove sia tuttora dovuto, ed i beni nei quali sia " stato investito ".

Ma nell'applicazione di questa regola si dovrà avere riguardo *al giorno a cui risalga l'accertamento dell'esistenza dell'assente* secondo le notizie che ne siano giunte, o piuttosto *al giorno in cui tali notizie siano state conosciute* nel luogo d'ultimo domicilio o d'ultima residenza dell'assente stesso? Non sarebbe strana, ed anzi potrebbe a primo aspetto parere fondata nei principii l'idea, che se anche durante l'intervallo fra la data delle notizie e il loro arrivo gl'immessi in possesso avessero fatte alienazioni e riscosso e consumato il prezzo, spettasse nondimeno all'assente il

(1) V. sopra, n. 216, 217, p. 985, ss.

diritto di ricuperare quei beni e di conseguire quel prezzo; salvi solo gli effetti della *buona fede* in cui fossero stati i terzi acquirenti. Potrebbesi osservare in questo senso, che dal giorno in cui è accertata l'esistenza della persona, essa non è più assente nel senso legale della parola; che da quel giorno è da reputarsi cessata *ipso jure* l'immissione in possesso, ancorchè definitivo, non avendo essa altra base che l'incertezza sulla vita o sulla morte dell'assente; che i beni alienati o il prezzo riscosso posteriormente non potevano quindi più essere in libera disponibilità dei possessori definitivi. Nondimeno reputiamo certa la massima opposta. L'assenza *incomincia dalla data delle ultime notizie* della persona, perchè dopo quel giorno non si ha più certezza della vita di lei; ma l'incertezza non può finire, se non quando *si conosca* o la vita o la morte di quella persona, e perciò non può cessare l'assenza innanzi che le notizie siano pervenute e prodotte, non ostante che siano necessariamente state scritte e spedite prima le lettere destinate a portare quelle notizie. In questo senso è pure la espressione letterale dell'art. 39, che dice farsi luogo alla ricuperazione dei beni o del prezzo *quando sia provata la esistenza dell'assente.* Al *ritorno di lui* non potevasi infatti equiparare — come ha fatto quell'articolo — fuorchè la *prova conosciuta ch'egli sia in vita.* Finchè l'assente non ricomparisca, o finchè la notizia della sua esistenza non sia giunta, sebbene già mandata dal luogo in cui egli si trova, perdura sempre egualmente nel luogo del suo ultimo domicilio la incertezza della morte o della vita di lui, quantunque in realtà egli viva ancora. D'altronde sarebbe assurdo che in nome dell'assente, provandone l'esistenza, potessero essere esercitati diritti, ch'egli stesso non potrebbe allegare qualora ricomparisse nel giorno medesimo in cui quella prova è prodotta; mentre in tal caso ricupererebbe soltanto i beni che ancora trovasse a quel tempo presso gl'immessi in possesso, o il prezzo che ne fosse tuttora dovuto, e i beni nei quali il prezzo fosse stato inve-

stito. Tanto, e non più, si può reclamare in nome dell'assente non ancora ricomparso personalmente, nel giorno in cui viene prodotta la prova dell'esistenza di lui.

È notevole che l'art. 39 non contiene alcuna disposizione simile a quella dell'art. 33, che autorizzi il tribunale a provvedere, nell'intervallo tra le notizie e il ritorno effettivo dell'assente, con *cautele di conservazione e di amministrazione del patrimonio*. Laonde non sarebbe lecito di ordinare provvedimenti conservatorii, e tanto meno di nominare persone, che avessero a rappresentare l'assente, di cui si fossero avute notizie che ne accertassero l'esistenza; alle quali persone dovessero gl'immessi in possesso definitivo restituire i beni. E si comprende la ragione di tale differenza tra i due casi della immissione in possesso temporaneo, e della immissione in possesso definitivo. Nel primo i possessori sono semplici amministratori dei beni dell'assente; ed è quindi ragionevole che cessato il titolo della immissione in possesso, e riconoscendosi necessario, per guarentìa dell'amministrato, di dare certi provvedimenti conservativi, o di affidare ad altri la gestione, ciò possa essere ordinato dall'autorità giudiziaria. Nel secondo caso gl'immessi in possesso non erano più semplici amministratori, ma potevano disporre dei beni, come se ne fossero proprietari. D'altra parte l'assente non merita più la stessa protezione, poichè ha trascurato per così lungo tempo di dar sue notizie e provvedere ai propri interessi. Riservate a lui le azioni delle quali parla l'art. 39, non si è stimato che vi fosse motivo per fare di più, e per dar luogo a provvedimenti d'ufficio a favore degl'immessi in possesso, quando l'assente stesso non si curi di esercitare quelle azioni, o personalmente ricomparendo, o costituendo all'uopo un procuratore.

C

Accertamento della morte dell'assente.

Sommario. — 221. Principii generali intorno agli effetti che risultano dall'essere provato il tempo della morte dell'assente. — 222. Effetti che derivano dall'essere provato il tempo della morte dell'assente relativamente a coloro che siano stati immessi nel *possesso temporaneo* dei beni di lui. — 223. Effetti che derivano dall'essere provato il tempo della morte dell'assente relativamente agli immessi nel *possesso definitivo* dei beni di lui. — 224. Effetti della provata morte dell'assente, relativamente a coloro che abbiano su determinati beni di lui diritti particolari dipendenti dalla condizione di quella morte. — 225. Della prescrizione opponibile dagli immessi in possesso alle azioni esercitate contro di loro dai veri eredi legittimi o testamentari dell'assente.

221. — Accertata che sia la morte dell'assente, e provato il tempo in cui essa sia avvenuta, è con ciò stesso dimostrato che in quel giorno si verificò per legge l'aprimento della successione (art. 923, codice civile), il che ha dato luogo al passaggio immediato e di pien diritto del possesso dei beni lasciati dall'assente defunto nelle persone di coloro che a quel tempo erano suoi eredi legittimi o testamentari (art. 925, cod. civ.) ed i quali perciò possono esercitare sui beni ereditari tutte le ragioni dipendenti da tale loro qualità. È questo l'effetto naturale e necessario dell'accertamento della morte dell'assente; effetto che si avvera ugualmente, qualunque sia lo stadio di essa in cui si ottenga la prova di quella morte.

Se dunque, avuto riguardo al tempo in cui si dimostri essere deceduto l'assente, il diritto di successione non spetti a coloro che si trovavano esserne eredi presuntivi nel giorno in cui quegli era scomparso, o nel giorno delle precedenti ultime notizie che si avevano di lui, i veri eredi potranno agire pel conseguimento della eredità contro gli altri che abbiano ottenuta l'immissione in possesso dei beni, ancorchè l'immissione sia stata pronunciata definitivamente.

Su ciò non lascia luogo ad alcun dubbio, come vedremo, il codice nostro; mentre il Francese aveva dato occasione

a differenti opinioni. Alcuni autori sostenevano che le persone, le quali avessero veramente la qualità di eredi o successori dell'assente in relazione al tempo della provata morte di lui, potessero bensì intentare azione in petizione di eredità contro gl'immessi in possesso, qualora questo fosse soltanto temporaneo, ma non lo potessero contro gli immessi in possesso definitivo (1). Gli argomenti addotti in appoggio di questa dottrina si fondavano in gran parte sulla redazione e sulla collocazione materiale dell'art. 130, che era il solo del codice civile Francese in cui si trattasse quest'argomento della provata morte dell'assente, e che appunto per la forma in cui era concepito, e perchè precedeva immediatamente un'altra disposizione avente per oggetto unicamente l'immissione in possesso provvisionale, pareva ai lodati autori che a questa soltanto dovesse esso pure riferirsi. Ma prescindendo dall'occuparci di questa parte riguardante il testo del codice Francese, differente dal nostro, stimiamo piuttosto opportuno di riferire le parole colle quali il *Zachariae* chiudeva con riflessioni teoriche la sua argomentazione.

" Se a queste ragioni — egli diceva — si aggiunge la
" considerazione tratta dalla protezione e dal favore che
" merita qualunque proprietà regolarmente acquistata,
" sembra dunque che, salve le eccezioni risultanti dagli
" articoli 132 e 133 (ai quali corrispondono gli articoli 39
" e 40 del codice Italiano) *l'assente debba essere considerato*
" *come defunto sino dal giorno della sua scomparsa o delle*
" *ultime sue notizie, e che per conseguenza gl'immessi in*
" *possesso siano da riguardarsi come suoi eredi o successori*
" *più prossimi* ".

Evidentemente l'autore partiva dal concetto — ammesso, in generale, anche dagli altri interpreti del codice

---

(1) V. Malleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, t. I, art. 130; Favard de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation*, v° *Absence*, s. III, § 1; Zachariae, t. I, § 157.

Francese — che l'immissione in possesso definitivo producesse, a favore di coloro che l'avessero ottenuta, l'*effetto traslativo della proprietà dei beni lasciati dall'assente*. E sebbene avesse egli pure insegnato che *la legge non considerava mai l'assente nè come morto, nè come vivente, nè stabiliva mai una presunzione generale ed assoluta, per la quale l'assente avesse, in un periodo qualunque, a reputarsi defunto*; siccome però trovava nel codice Francese gli art. 132 e 133 che accordavano all'assente ricomparso o di cui si provasse l'esistenza, ed ai figli o discendenti diretti di lui, il diritto di, chiedere agli *immessi in possesso definitivo* la restituzione dei beni, ma non vi trovava alcun'altra disposizione che attribuisse uguale diritto a quegli altri che provata la morte dell'assente ne fossero, in relazione al tempo di essa, i veri eredi o successori; ne argomentava che dunque l'art. 130, in cui parlavasi dell'apertura della successione dell'assente per la provata morte di lui, senza specificare che fosse perciò revocabile anche la trasmissione di proprietà avvenuta a favore degl'immessi in possesso definitivo, fosse da applicarsi al solo caso d'immissione provvisoria in possesso. Confortava tale interpretazione col riflettere che il detto articolo era immediatamente seguìto da un altro, il quale contemplava appunto la sola immissione provvisoria, e che nello stesso 130 parlavasi della *restituzione delle rendite*, alla quale non potevano essere tenuti che gl'immessi in possesso temporaneo. E dopo tutto ciò finiva col dire che dunqne, in riguardo agl'immessi in possesso definitivo l'assente *dovesse considerarsi come defunto fino dal giorno della sua scomparsa o delle ultime sue notizie, nel qual giorno essi ne sarebbero stati i veri eredi.*

Questa finzione però era in manifesta contraddizione col fatto, che si supponeva provato, della morte dell'assente avvenuta in tempo nel quale sarebbero state chiamate alla successione di lui persone diverse da quelle che avessero ottenuta l'immissione in possesso dei beni. E la teoria del *Zachariae* era infatti contraria all'opinione concorde del

maggior numero degli altri autori, ed era contraddetta dagli stessi suoi traduttori, *Aubry* e *Rau* (1).

Il codice Italiano ha sciolta la questione adottando appunto la massima che tanto nel periodo della immissione definitiva, quanto in quello della immissione provvisoria in possesso, qualora venga provato il tempo in cui la morte dell'assente siasi verificata, coloro che a quel tempo erano chiamati per legge o per testamento a succedergli, possano esercitare i loro diritti alla eredità contro le persone che trovinsi immesse nel possesso dei beni lasciati dall'assente stesso.

In questo senso il legislatore dispose in precisi termini nell'art. 34 quanto al caso della immissione in possesso temporaneo, e nell'art. 41 pel caso della immissione in possesso definitivo. E la giustificazione di tale massima riesce, se non erriamo, molto facile e chiara, qualora si ammetta il concetto da noi propugnato che la immissione in possesso definitivo non sia da riguardarsi come producente traslazione della proprietà a favore di coloro che ottengono quella immissione; che ad essi non altro sia conferito veramente che un semplice diritto di possesso dei beni, la proprietà dei quali sia da reputarsi tuttora esistente in capo dell'assente, sebbene a quel possesso vadano annessi, per eccezionale favore di legge, speciali diritti e poteri simili agli attributi della proprietà piena. Con questo ordine di idee si esclude evidentemente la principale obbiezione teorica, che il *Zachariae* deduceva dall'idea opposta, che colla immissione in possesso definitivo coloro ch'erano i presunti eredi al tempo della scomparsa o delle ultime notizie dell'assente abbiano *regolarmente acquistata la proprietà dei beni di lui*, alla quale sia quindi dovuto protezione e favore. Se invece essi hanno soltanto il possesso,

(1) V. Delvincourt, t. I, p. 53, n. 6; Toullier, t. I, n. 455; Duranton, t. I, n. 530, 531; Valette *sur* Proudhon, t. I, c. XX, s. VI, § 3, p. 336; Marcadé, art. 130, § 1, art. 132, § 11, t. I, n. 435, 444; Demolombe, t. II, n. 192; Aubry e Rau, t. I, § 157, n. 15; Laurent, t. II, n. 242.

con quegli attributi eccezionali e di favore che la legge determina, e se una tale concessione non ha altra base che la incertezza sulla vita o sulla morte dell'assente, è conseguente che al cessare di questa incertezza per la prova ottenuta che l'assente è morto, debba pur cessare quel possesso con tutte le sue conseguenze legali, che nella proprietà succedano all'assente medesimo coloro che al tempo della provata morte di lui ne erano eredi legittimi o testamentari, e qualora siano persone diverse da quelle che avevano ottenuta la immissione — essendo di pieno diritto investite del possesso della eredità, a senso dell'art. 925, cod. civile — possano reclamare la eredità stessa, obbligando i possessori alla restituzione dei beni.

Ma quando pure si preferisse di seguire l'opinione comune, secondo la quale l'immissione in possesso definitivo opererebbe a favore di coloro che la conseguiscono una trasmissione di proprietà, revocabile però, sebbene irretroattivamente; sarebbe nondimeno giustificabile la massima professata dalla maggioranza degli scrittori francesi, e adottata dal nostro legislatore.

Sia pure che gli immessi in possesso definitivo si vogliano reputare investiti della proprietà dei beni lasciati dall'assente. È però in ogni caso una proprietà *revocabile* ogniqualvolta cessi quella incertezza sulla vita o sulla morte dell'assente, che costituisce l'unica base della stessa immissione in possesso. E se revocabile sarebbe indubbiamente quella trasmissione di proprietà, di fronte all'assente stesso che ricomparisse, o di cui fosse provata l'esistenza, e di fronte altresì ai figli o discendenti di lui — secondo gli articoli 132 e 133 del codice Francese, 39 e 40 del codice Italiano — perchè non dovrebbe essere revocabile parimente rimpetto agli altri successibili, che provata la morte dell'assente, risultassero essere stati, al tempo in cui essa avvenne, i veri eredi? Successori per legge, o per disposizione testamentaria conforme alla legge, dell'assente defunto, essi ne rappresentano la persona in tutti i suoi

diritti, come in tutte le sue obbligazioni; e secondo le regole del diritto comune, sono *ipso jure* investiti dello stesso possesso legale dei beni tutti del defunto medesimo. Perchè dunque dovrebb'essere loro negato di poter reclamare quei beni, che il loro autore avrebbe avuto diritto di ricuperare, se nel giorno stesso in cui ne avvenne la morte fosse invece ricomparso? Perchè diverrebbe per loro *irrevocabile* quella trasmissione di proprietà a favore degl'immessi in possesso, che pel loro autore era al contrario *revocabile?* E con quale giustizia si sagrificherebbero i diritti dei veri successori dell'assente, a benefizio di coloro che solo per esserne stati presunti eredi al tempo in cui egli scomparve, ottennero la immissione in possesso, e con essa il vantaggio di godere i beni e poterne anche liberamente disporre per tutto il tempo in cui continuò la incertezza se l'assente fosse ancora in vita?

Stabilito dunque giustamente nel nostro codice il principio che, qualunque sia il tempo in cui si provi essere avvenuta la morte dell'assente, debba seguirne la cessazione dei provvedimenti che in conformità della legge siano stati attuati per l'assenza o presunta o dichiarata, ed a coloro, che in relazione a quel tempo siano i veri eredi legittimi o testamentari dell'assente, spetti il diritto di rivendicarne i beni; gli effetti di diritto debbono però esserne necessariamente diversi, secondochè la morte dell'assente e il conseguente aprimento della successione di lui siasi verificata durante lo stadio della presunzione di assenza, o in quello della immissione in possesso temporaneo, o in quello della immissione in possesso definitivo.

Nel periodo della *presunzione di assenza*, se viene provata la morte dell'assente, nel giorno in cui essa è avvenuta dovendosi ritenere aperta la successione di lui, coloro che in quel giorno ne erano eredi legittimi o testamentari sono dunque investiti di pieno diritto del possesso dei beni che egli aveva lasciati; le persone che per mandato

giudiziale fossero incaricate di rappresentare l'assente in determinati atti, o di amministrarne i beni, si liberano validamente rendendo conto della loro gestione, e consegnando i beni a questi eredi; ed essi possono agire giudizialmente contro i predetti rappresentanti ed amministratori giudiziali per ottenere il rendimento dei conti e la consegnazione dei beni.

Nel periodo della *dichiarazione giudiziale di assenza*, se venga somministrata la stessa prova della morte dell'assente, coloro che ne siano veri eredi legittimi o testamentari in relazione al tempo in cui sia accertato essere avvenuta quella morte, hanno azione per rivendicare l'eredità contro le persone che siano state immesse nel possesso dei beni, siccome aventi la qualità di eredi presunti nel tempo della scomparsa o delle ultime notizie dell'assente. Ma gli effetti speciali di diritti e di obbligazioni tra gl'immessi in possesso e i veri successori, che esercitano una tale azione, sono necessariamente diversi secondo che l'immissione di questi in possesso sia stata soltanto *temporanea*, o sia stata invece *definitiva;* perchè nel primo caso trattasi di agire contro chi era semplice amministratore dei beni che possedeva, ed aveva soltanto il diritto di ritenerne in tutto o in parte le rendite; mentre nel secondo caso si agisce contro chi, sebbene non avesse veramente la proprietà dei beni posseduti, esercitava però sovra essi diritti speciali simili agli attributi della proprietà piena. A questi principii vedremo conformarsi appunto le disposizioni degli articoli 34 e 41 del codice civile, che ci proponiamo di commentare nei numeri seguenti.

222. — " Qualora, durante il possesso temporaneo,
" venga a provarsi il tempo della morte dell'assente, la
" successione si apre a vantaggio di coloro che a quel
" tempo erano suoi eredi legittimi o testamentari, o dei
" loro successori; e coloro, che hanno goduto i beni, sono
" tenuti a restituirli con le rendite, a norma dell'art. 31 ".

Tale è la disposizione dell'articolo 34 del codice civile, le cui espressioni sembrerebbero veramente accennare ad un aprimento di successione che si verificasse *al tempo in cui venisse somministrata la prova dell'avvenuta morte dell'assente*. È certo però che una tale idea non sarebbe esatta, nè può essere stata nell'intenzione del legislatore. La successione non si apre quando è prodotta la prova della morte dell'assente, ma *si è aperta nel giorno in cui avvenne questa morte* (art. 923, cod. civile).

È appunto per ciò, che provato quale sia stato quel giorno, si determina in relazione ad esso quali siano le persone, in vantaggio delle quali, o come eredi legittimi, o come eredi testamentari, la successione siasi devoluta, com'è dichiarato espressamente nell'art. 34 precitato. In esso si aggiunge che i *successori* di coloro che furono per legge o per testamento eredi dell'assente nel giorno in cui ne avvenne la morte, possono pure esercitare le stesse ragioni. Basta infatti che all'assente siano sopravvissuti anche d'un solo istante quelli che erano chiamati a succedergli, perchè essi abbiano acquistato il diritto successorio, o lo abbiano quindi trasmesso ai loro propri eredi (art. 939, cod. civile).

L'articolo contempla gli *eredi testamentari*, non meno dei *legittimi;* perchè potrebbe avvenire che insieme alla notizia della morte dell'assente, si scoprisse un testamento, in virtù del quale fossero chiamate alla successione di lui persone diverse dai presunti eredi legittimi, o da quelle che come istituite in un testamento anteriore avessero ottenuta l'immissione in possesso; e queste persone, od i loro successori, se esse fossero morte dopo l'assente, avrebbero diritto a reclamare l'eredità.

Quanto agli obblighi, che agl'immessi in possesso incombono verso i veri eredi, o legittimi o testamentari, che agiscano contro di loro, è chiaro in massima doversi applicare gli stessi principii che regolerebbero i rapporti tra i possessori e l'assente che fosse ritornato; giacchè quegli

eredi rappresentano e continuano giuridicamente la persona stessa del loro autore. È ciò che si volle esprimere nel detto articolo 34 colle parole: " *coloro che hanno goduto i beni, sono tenuti a restituirli con le rendite a norma dell'articolo* 31 ".

Nessuna difficoltà può presentarsi per ciò che riguarda la restituzione della sostanza capitale costituente il patrimonio dell'assente. Gl'immessi in possesso temporaneo avevano la semplice amministrazione dei beni, col diritto di farne proprie in tutto o in parte le rendite; erano quindi obbligati alla restituzione dei beni stessi all'assente, ed a rispondere verso lui delle perdite o deteriorazioni che fossero avvenute per loro colpa. Provata la morte dell'assente, provato, in relazione al tempo in cui essa avvenne, quali siano i veri eredi dell'assente medesimo, le cui ragioni patrimoniali si sono di pieno diritto trasfuse nelle persone dei successori; è ovvio che a questi debbano dagli immessi in possesso restituirsi i beni, nello stesso modo e colle stesse responsabilità come vi sarebbero stati tenuti verso l'assente medesimo al momento della sua morte. È questo il significato delle parole della legge, secondo cui, *coloro che hanno goduti i beni sono tenuti a restituirli;* nè avremmo intorno a ciò che a ripetere quanto già dimostrammo relativamente alle obbligazioni degli immessi in possesso temporaneo verso l'assente che ricomparisca (1).

Non è invece affatto immune da dubbi la interpretazione che sia da darsi all'ultima parte della disposizione, concernente *la restituzione delle rendite a norma dell'articolo* 31. Vi è intanto un punto che risulta certissimo dal tenore della disposizione stessa, così richiamata, e dal ravvicinamento di essa col precedente articolo 30: ed è, che gl'immessi in possesso hanno obbligo di rendere ai veri eredi, rivendicanti l'eredità dell'assente, quella sola parte di rendite che erano tenuti a riservare per l'assente medesimo

(1) V. sopra, n. 214, p. 979-982.

qualora fosse ritornato. Quindi, se sono parenti entro il sesto grado di linea collaterale, dovranno restituire il quinto delle rendite, qualora non sia trascorso il primo decennio dal giorno dell'assenza, dovranno restituire il decimo delle rendite, qualora sia trascorso il decennio, ma non compiuto il trentennio; se sono parenti collaterali in grado più remoto del sesto, o se sono estranei, dovranno rendere fino ai dieci anni il terzo, dai dieci ai trent'anni il sesto; se sono i discendenti, gli ascendenti, od il coniuge, sebbene si provi che altri siano gli eredi nella porzione disponibile dei beni dell'assente, o se sono collaterali, ma sono finiti i trent'anni dal giorno dell'assenza, non saranno obbligati alla restituzione di alcuna parte delle rendite. Tutto ciò è chiaro.

Ma potranno i veri eredi pretendere che il diritto dei possessori, a far proprie in tutto o in parte le rendite dei beni, debba limitarsi fino al giorno della morte dell'assente da essi provata, e che da quel giorno in poi *tutte le rendite* debbano spettare a loro? A primo aspetto sembrerebbe che, secondo il rigore dei principii, fosse sostenibile l'affermativa. Si potrebbe osservare che da una parte i diritti dei veri eredi rimontano veramente al giorno in cui per la morte verificata dell'assente si è aperta la successione di lui; che dall'altra gli effetti della immissione in possesso, a favore di coloro che si presumevano eredi al tempo in cui cominciò l'assenza, debbono intendersi cessati dal momento in cui la morte accertata dell'assente ha tolto ogni dubbiezza intorno all'esistenza di lui. Nondimeno crediamo che la risoluzione debba essere in senso opposto. Non è giusta l'idea che la incertezza dell'esistenza dell'assente — sulla quale si fondano prima la presunzione, poi la dichiarazione dell'assenza, ed infine tutti i provvedimenti che ne conseguono — venga a cessare nel giorno della morte, di cui più tardi si somministri la prova. Quella incertezza dura, anche dopo l'avvenimento realizzato della morte dell'assente finchè di questa non giunga la notizia,

finchè non se ne abbia la prova; come, non ostante che l'assente realmente viva, vi ha la incertezza, e continua quindi l'assenza e se ne mantengono tutti gli effetti giuridici, infino a quando l'assente stesso ricomparisca o ne venga provata l'esistenza.

È innegabile che i diritti dei veri eredi risalgono al giorno in cui per la morte dell'assente avvenuta s'è aperta la successione di lui. Da quel giorno si è trasmessa a loro ogni ragione che spettava all'assente, ed essi furono investiti di pieno diritto anche del possesso dei beni componenti il suo patrimonio, com'è dichiarato nell'art. 925, codice civile. Ma, non ostante tutto ciò, è pur vero, che il far proprie in tutto o in parte le rendite è uno speciale diritto conceduto dalla legge agl'immessi in possesso temporaneo; che codesta immissione continua, anche dopo verificatasi la morte dell'assente, finchè non ne venga privata col tempo; che quel diritto è esercibile dai possessori a fronte dell'assente stesso finchè egli non ritorni o non ne sia provata l'esistenza; che dunque è perfettamente congrua l'esercibilità dello stesso diritto anche verso gli eredi veri dell'assente finchè essi non provino la morte di lui, ed all'opposto apparirebbe assurdo l'ammettere che potessero spettare agli eredi diritti maggiori che al loro autore, e mentre questi, se ancora vivesse, non rientrerebbe nel diritto di avere la totalità delle rendite dei suoi beni, se non dal giorno in cui ritornasse od in cui venisse provata la sua esistenza — come risulta dall'art. 33 — gli eredi invece potessero pretendere la totalità delle rendite, percette anche prima ch'essi producessero la prova della morte dell'assente, rimontando sino al giorno in cui questa fosse avvenuta. D'altronde a questa teoria è conforme il testo stesso dell'art. 34; il quale dicendo che gl'immessi in possesso temporaneo *dovranno restituire i beni colle rendite qualora venga a provarsi il tempo della morte dell'assente*, dimostra essere appunto il giorno della produzione di questa prova quello in cui si aprono i corrispondenti diritti *di coloro che*

a quel tempo erano eredi legittimi o testamentari dell'assente; e forse fu per segnalare maggiormente questo concetto che, con espressione non del tutto propria, come già notammo, si disse che *la successione si apre quando venga a provarsi il tempo della morte dell'assente,* mentre in realtà non si apre allora, ma si è già aperta al momento stesso della morte.

Reputiamo dimostrato pertanto che il diritto degl'immessi in possesso temporaneo, di ritenere a loro profitto o tutte od in parte le rendite dei beni dell'assente, a termini delle disposizioni contenute negli articoli 30 e 31 del codice civile, continua anche dopo l'avvenuta morte dell'assente, finchè di questa non venga a provarsi il tempo da coloro che in relazione ad esso siano i veri suoi eredi legittimi o testamentari; e che solo dal giorno in cui tale prova venga prodotta comincia il diritto dei veri eredi stessi di richiedere insieme alla restituzione dei beni quella delle rendite che erano riservate all'assente, giusta il detto articolo 31, e comincia pure il diritto a reclamare come esclusivamente appartenenti a loro le nuove rendite che da quel giorno in poi vengano percepite.

Un altro dubbio può presentarsi, anche più grave, e che infatti ha dato luogo ad opinioni diverse. Potranno gl'immessi in possesso temporaneo, contro i quali agiscano coloro che al tempo della provata morte dell'assente erano suoi eredi legittimi o testamentari, pretendere all'opposto di ritenere intieramente a loro profitto le rendite percette durante l'intervallo fra il giorno della morte dell'assente e quello della *domanda giudiziale* promossa dai veri eredi?

A tale proposito fu insegnata da un illustre autore una teoria, che nella prima edizione di questo lavoro avevamo creduto di dover seguire. Egli osservava che se agl'immessi in possesso temporaneo fosse rimasta ignota l'avvenuta morte dell'assente, essi sarebbero stati tenuti a rendere ai veri eredi quella parte di rendite che avrebbero dovuto riservare per l'assente stesso, senza potere invocare un

possesso di buona fede, allo scopo di far propri i frutti percetti posteriormente al giorno della morte di lui; perchè in buona fede effettivamente non sarebbersi trovati, avendo dovuto, per la ignoranza in cui erano dell'apertura realmente verificata della successione, ritenersi obbligati a conservare quella parte di rendite che la legge riservava all'assente pel caso che ritornasse o ne fosse provata la esistenza.

Ma — diceva lo stesso autore — qualora invece gl'immessi in possesso provvisorio *abbiano conosciuta la morte dell'assente*, la loro posizione è identica a quella d'un congiunto che siasi posto in possesso d'una eredità a cui altri abbia diritto. E perciò converrà distinguere. Se i possessori saranno stati *in buona fede*, credendo d'esser essi i veri eredi legittimi o testamentari dell'assente defunto, faranno propri i frutti percetti prima della domanda giudiziale, nè saranno tenuti per le deteriorazioni o perdite verificatesi nei beni posseduti, se non in quanto ne abbiano riportata una utilità propria reale ed attuale, in aumento del loro patrimonio personale. Se invece saranno *stati in mala fede*, perchè conoscendo il tempo in cui la morte dell'assente sia accaduta, abbian saputo pure che altri ne fossero i veri eredi, dovranno restituire *tutti i frutti*, senza eccettuarne neppure quella parte che durante l'immissione in possesso temporaneo sarebbero stati autorizzati dalla legge a ritenere a loro profitto, e dovranno altresì rispondere d'ogni perdita o deteriorazione di beni che sia imputabile a loro colpa (1). Data la premessa, il ragionamento corre certo logicamente fino alle conseguenze dedottene dall'illustre autore, le quali perciò ci erano sembrate adottabili; e ciò ch'egli professava in favore degl'immessi in possesso, che si trovassero *in buona fede* credendosi i veri eredi, concorderebbe perfettamente colla disposizione espressa dell'art. 933 § ultimo del codice Italiano, ov'è detto che " l'erede apparente di buona

(1) V. Demolombe, t. II, n. 195.

“ fede non è tenuto alla restituzione dei frutti, se non dal
“ giorno della domanda giudiziale „.

Se non che più mature riflessioni c'inducono a dubitare dell'asserita identità di posizione tra gl'immessi in possesso, che conoscendo l'avvenuta morte dell'assente, hanno creduto d'esserne tuttavia i veri eredi, e l'erede apparente, che in buona fede assuma il possesso d'una eredità realmente spettante ad altri. Il possesso esercitato da chi ottenne la immissione temporanea non è, in origine, *a titolo di successione ereditaria*, ma di semplice amministrazione e di godimento totale o parziale delle rendite dei beni. La qualità eventuale di successibile, nella supposizione che l'assente sia morto nel tempo a cui risale la presunzione di assenza, è *il motivo* su cui si è fondata la disposizione della legge nel concedere a quei presunti eredi i predetti diritti di amministrazione e di godimento, come attributi della immissione provvisoria in possesso; ma non è il titolo giuridico del possesso medesimo. La morte dell'assente, accertata dopo, ha dato luogo all'aprimento reale della successione; ma, in relazione al tempo in cui ciò avvenne, altri essendo gli eredi legittimi o testamentari dell'assente, coloro che avevano conseguita l'immissione temporanea vengono dunque a mancare di fondamento legale per trasmutare il titolo del possesso che esercitano, in quello di successione ereditaria; lo continuano bensì fino a quando i veri eredi non vengano a reclamare i loro diritti, ma sempre per lo stesso titolo originario d'immissione temporanea. Questa condizione di cose non può mutarsi per la supposta conoscenza, che gl'immessi in possesso abbiano avuta, della morte dell'assente, nè per la supposta *buona fede* in cui essi siansi trovati, credendosi tuttavia i veri eredi. Ammesso pure che da quel momento essi abbiano avuta intenzione di possedere i beni nella qualità definitiva di eredi, ciò però non può avere l'effetto di cangiare il titolo del possesso; essendo principio fondamentale che “ nessuno può cangiare,
“ riguardo a sè medesimo, la causa ed il principio del suo

" possesso „ (art. 2118, cod. civ.). Ben diversa è la condizione dell'*erede apparente di buona fede*, che secondo l'articolo 933 del cod. civ. " non è tenuto alla restituzione dei " frutti, se non dal giorno della domanda giudiziale „. Il caso contemplato in questo articolo è quando, dopo apertasi una eredità, taluno se n'è posto in possesso, come avente, in relazione al tempo di questo aprimento, la qualità di successore universale; e qualora si sia veramente creduto investito di tale qualità, qualora abbia ignorate le cause legali che ostavano al preteso suo diritto, sarà *erede apparente di buona fede*, e godrà quindi del benefizio concesso dal detto articolo 933. Nel caso nostro invece si tratta di persone, che non assunsero il possesso a titolo di successione universale già aperta, ma per concessione temporanea di legge, a titolo di semplice amministrazione, e in riguardo soltanto agli eventuali diritti ereditari, che loro spetterebbero, supponendo che la successione dell'assente, della quale era ancora incerto se fosse aperta, o no, si fosse aperta realmente nel tempo in cui cominciò l'assenza. Non si può dunque affermare che " la posizione degl'immessi in pos- " sesso temporaneo sia la stessa di quella d'un congiunto, " che siasi posto in possesso d'una eredità alla quale non " sia chiamato „. Il titolo del loro possesso è nella sua origine sostanzialmente diverso; e dato pure che venuti quei possessori a notizia dell'avvenuta morte dell'assente, abbiano in buona fede creduto, contrariamente al vero, d'esserne tuttavia i veri eredi, siccome però la sola loro intenzione di possedere oramai in tale qualità non potrebbe avere efficacia per cangiare quel titolo del possesso, essi continuano dunque ad esercitarlo giuridicamente pel solo titolo primitivo d'immissione temporanea, infino a quando non si presentino i veri eredi a reclamare i loro diritti.

Da ciò seguirebbe che, senza potersi ammettere una distinzione tra il caso che gl'immessi in possesso temporaneo avessero ignorata la morte dell'assente, e l'altro che l'avessero conosciuta, ma si fossero creduti in buona fede gli

eredi più prossimi dell'assente anche al momento della di lui morte, dovrebbesi tanto nella prima quanto nella seconda ipotesi ritenere egualmente che gli immessi in possesso temporaneo fossero obbligati a render conto ai veri eredi di quella parte di frutti che la legge riserva a pro dell'assente, e che sarebbero stati da restituirsi a lui stesso qualora fosse ritornato o ne fosse stata provata l'esistenza. In questo senso è anche la letterale disposizione dell'art. 34 del nostro codice, da cui è stabilito in termini generali e senz'alcuna distinzione, che venendo a provarsi durante il possesso temporaneo il tempo della morte dell'assente, coloro che a quel tempo erano suoi eredi legittimi o testamentari, hanno diritto a richiedere da chi ha goduto i beni la restituzione di essi *con le rendite a norma dell'articolo* 31; la restituzione dunque di tutte queste rendite, percette *fino al giorno in cui viene a provarsi il tempo della morte dello assente*, escluso così che i possessori possano ritenere intieramente a profitto proprio, quelle fra tali rendite che siano state percette durante l'intervallo tra la morte dell'assente e il tempo in cui venga ad essere provata, ancorchè i possessori medesimi provino di aver conosciuto il fatto dell'avvenuta morte dell'assente, e d'essersi ciò non ostante creduti i veri eredi di lui. E nel medesimo senso, contrario alla teoria del *Demolombe*, si manifestarono pure le opinioni di altri insigni interpreti del codice Francese (1): l'ultimo dei quali, dopo avere affermato che l'azione data dall'art. 130 di quel codice — a cui corrispondono il 34 e il 41 del codice nostro — era una vera *azione in petizione d'eredità*, domandava se si dovesser pure applicare i principii della *petizione d'eredità* relativamente ai diritti ed alle obbligazioni degl'immessi in possesso chiamati in giudizio da coloro che al giorno della provata morte dell'assente ne fossero i veri eredi? E rispondeva che " se si applicassero tali prin- " cipii, gl'immessi in possesso lucrerebbero tutti i frutti,

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 154 in fine; Laurent, n. 243.

“ anche durante l'immissione provvisoria: ma *è ciò appunto* “ *che la legge, a giusta ragione, non volle,* perchè secondo il “ rigore dei principii, *gl'immessi in possesso provvisorio, non* “ *sono veramente possessori della eredità,* ma sono semplici “ depositari e amministratori, e come tali non hanno diritto “ ai frutti che nei limiti stabiliti dall'art. 127 „ (30 e 31 del codice Italiano).

Crediamo per altro accettabile la teoria del *Demolombe* per ciò che riguarda gl'immessi in possesso, i quali siano stati *in mala fede,* avendo avuta conoscenza della morte dell'assente, ed avendo pure saputo che in relazione al tempo in cui essa avvenne, altri erano i chiamati alla successione: nel qual caso sia da farsi eccezione alla regola che accorda agl'immessi in possesso, convenuti dai veri eredi per la restituzione dei beni, di ritenere quelle rendite che non erano riservate dalla legge a pro' dell'assente; e sia invece da ritenersi che tutte indistintamente le rendite debbano essere restituite agli attori dai possessori di mala fede. Poichè infatti la morte dell'assente erasi verificata, e gli immessi in possesso temporaneo dei beni sapevano ciò, e sapevano ancora che in relazione al tempo dell'aperta successione altri erano gli eredi, i quali di pien diritto erano investiti del possesso della eredità, non hanno essi dunque più fondamento ad invocare i benefizi della immissione in possesso, subordinata a quella incertezza sulla esistenza dell'assente che ormai è cessata anche per loro, nè possono più essere considerati che come *possessori di beni altrui in mala fede,* ai quali la legge per principio generale di giustizia, non concede di far propri i frutti dei beni posseduti. D'altronde questa massima trova pure conferma nella disposizione dell'art. 41 del nostro codice, che riserva a favore degl'immessi in possesso definitivo, contro i quali agiscano rivendicando l'eredità coloro che al tempo della provata morte dell'assente sarebbero stati di lui eredi “ *gli effetti* “ *della buona fede riguardo ai frutti percepiti* „: chè se gli stessi possessori definitivi, quando siano in mala fede, sono

obbligati a restituire i frutti — come risulta implicitamente ma chiaramente da questa disposizione — tanto più un simile obbligo deve incombere, nell'identico caso di mala fede, a coloro che abbiano semplicemente ottenuta la immissione temporanea in possesso.

223. — " Se dopo l'immissione nel possesso definitivo viene provato il tempo della morte dell'assente, coloro che a quel tempo sarebbero stati di lui eredi o legatari, od avessero acquistato un diritto in conseguenza della morte, od i loro successori, possono proporre le azioni loro competenti, salvi ai possessori i diritti acquistati colla prescrizione e gli effetti della buona fede riguardo ai frutti percepiti ".

È questa la disposizione con cui l'articolo 41 del codice Italiano regola i casi nei quali, dopo già pronunciata l'immissione in possesso definitivo, altri vengano ad esercitare contro gl'immessi in possesso i diritti che loro appartengano sull'eredità dell'assente in dipendenza dell'effettivo aprimento della successione di lui. La predetta disposizione comprende in termini espressi tutti i vari casi nei quali la provata morte dell'assente può dar luogo ad azioni esercibili contro gl'immessi in possesso definitivo; e la formola n'è così più completa che le corrispondenti disposizioni dei codici anteriori. Il codice Napoleone (art. 130) e quello delle Due Sicilie (art. 136) parlavano soltanto *delle persone a cui vantaggio fosse da reputarsi aperta la successione secondo il tempo della verificata morte dell'assente.* Il Parmense (articolo 1062), l'Albertino (art. 94), l'Estense (art. 62) menzionavano, oltre alle predette persone, anche *i loro successori.* Nel nostro articolo 41 si aggiunsero pure *i legatari*, e *coloro che in conseguenza della morte dell'assente avessero acquistati diritti* sui beni lasciati da lui. Così vi sono contemplati distintamente tutti i diritti, tanto a titolo universale, di successione ereditaria, quanto per titoli particolari, che in causa della morte dell'assente, della quale venga provato

il tempo, possono essere esercibili da altri contro gl'immessi in possesso definitivo. — Inoltre in nessuno dei codici anteriori si accennavano le eccezioni che fossero opponibili dai possessori alle azioni intentate contro di loro da altri; ma il nostro legislatore si è occupato anche di ciò, riservando espressamente ai possessori medesimi " i diritti " acquistati colla prescrizione, e gli effetti della buona fede " riguardo ai frutti percepiti ".

Se non che, l'indole dei diritti e delle corrispondenti azioni essendo diversa, secondo che quelli abbiano per oggetto l'universalità dei beni lasciati dall'assente, o soltanto beni determinati, sui quali taluno pretenda di esercitare contro gl'immessi in possesso definitivo particolari ragioni dipendenti dalla provata morte dell'assente, stimiamo più opportuno di trattare distintamente quest'ultimo argomento in un numero separato. E siccome ciò che riguarda la *prescrizione*, oltre ad essere il punto che presenta le difficoltà forse maggiori di questa materia, dev'essere poi considerato tanto in ordine alle azioni che abbiano per oggetto l'universalità dei beni dell'assente, quanto a quelle concernenti soltanto beni particolari, così reputiamo conveniente parlarne in altro numero separato, dopo che sarà esaurito quanto avremo ad esporre relativamente sì alle une che alle altre azioni. Ci limiteremo quindi per ora al commento del nostro articolo 41 nelle sole parti che riguardano le azioni spettanti a quelli che dimostrino d'essere stati eredi dell'assente al tempo della provata morte di lui, od ai loro successori, contro gl'immessi in possesso definitivo.

L'articolo riconosce il diritto di agire contro gl'immessi in possesso definitivo a *coloro che al tempo in cui vien provato essere avvenuta la morte dell'assente, sarebbero stati di lui eredi*. Per usare una maggiore precisione di parole, sarebbesi dovuto dire " *coloro che sono stati di lui eredi* "; poichè non è ipotetico, ma effettivo il diritto acquistato alla eredità dell'assente da quelli che al giorno della morte di lui erano chiamati o per legge o per testamento alla suc-

cessione. Parliamo di quelli che vi erano chiamati o per legge o per testamento, perchè quantunque non siano state ripetute qui le parole dell'art. 34, dove fu espresso che provato il tempo della morte dell'assente s'intende aperta la successione di lui a vantaggio di coloro che a quel tempo erano suoi *eredi legittimi o testamentari*, è indubitabile però non poter essere diverso il senso della legge. Invero, anche quando la prova della morte dell'assente sia prodotta dopo l'immissione nel possesso definitivo, può verificarsi egualmente, tanto che in relazione al tempo in cui sia dimostrato essersi verificata quella morte gli eredi legittimi dell'assente si trovino essere altre persone che quelle dalle quali era stata conseguita la immissione in possesso — perchè coloro, che nel giorno a cui risaliva l'ultima notizia dell'esistenza dell'assente erano i più prossimi parenti di lui, gli siano premorti — quanto che contemporaneamente alla notizia della morte dell'assente siasi scoperto un testamento, nel quale egli abbia disposto delle proprie sostanze istituendo eredi persone diverse da quelle che per legge o per un testamento anteriore sarebbero state chiamate a succedergli al tempo in cui cominciò la presunzione di assenza.

Come nei codici Parmense, Albertino ed Estense, anche nell'art. 41 del codice Italiano ciò ch'è disposto relativamente agli *eredi* fu espressamente esteso eziandio *ai loro successori*; e non occorrono molte parole per dimostrare il buon fondamento di questa massima nei principii di diritto. Coloro che al momento della morte dell'assente, e quindi dell'aprimento della successione di lui (art. 923, cod. civ.), erano suoi eredi legittimi o testamentari, sono rimasti immediatamente investiti del diritto di successione e del possesso civile dei beni (art. 925, cod. civ.); e ancorchè poi siano morti senza aver fatto relativamente alla eredità alcun atto di esercizio dei loro diritti, hanno però trasmesso questi ai propri successori (art. 939, cod. civ.). È dunque perfettamente logico che se gli aventi diritto alla successione dell'assente nel giorno della morte di lui, abbiano cessato essi

pure di vivere prima che di quella morte si avesse la prova, abbiano a prendere il loro posto coloro che li rappresentino quali eredi o cessionari, nell'esercizio delle azioni che a quelli competevano contro gl'immessi in possesso definitivo dei beni dell'assente medesimo. Diciamo " *coloro che li* " *rappresentano quali eredi o cessionari* „ parendoci indubitabile che le parole usate nell'art. 41 " *od i loro successori* „ si riferiscono tanto alla successione a titolo universale, quanto a quella a titolo particolare. Poichè, infatti coloro che al tempo della provata morte dell'assente erano suoi eredi legittimi o testamentari, avevano fino da quel giorno un diritto acquisito e trasmissibile di successione, è chiaro che se prima di promuovere azione contro gl'immessi nel possesso definitivo dei beni, producendo le prove del tempo in cui la morte dell'assente siasi verificata, e del proprio diritto di successione, essi abbiano trasferite per qualunque titolo di cessione od altro le loro ragioni, i cessionari, come legittimamente investiti delle ragioni stesse, potranno proporre contro i possessori dei beni quella identica azione che competeva ai cedenti. Solo alle prove, delle quali avevano il carico, dovranno aggiungere anche quella della cessione, od altro titolo, per cui siano stati trasferiti a loro i diritti degli eredi dell'assente. Il codice Parmense dichiarava perciò espressamente competere i diritti di successione nella eredità dell'assente a coloro che al tempo della provata morte di lui ne fossero stati gli eredi, *od ai loro successori e trasmissari*. Nel codice Albertino, nell'Estense e nell'attuale nostro si reputò superflua l'aggiunta di questa ultima parola, bastando quella generica di *successori*, per comprendere anche le trasmissioni a titolo particolare.

È detto nell'articolo 41 che coloro i quali al tempo della provata morte dell'assente siano stati di lui eredi o legatari, od abbiano acquistato qualche diritto in conseguenza della morte, od i loro successori, *possono proporre le azioni loro competenti*, senza specificare quali siano queste azioni. E se ne comprende facilmente il motivo; perchè le azioni

dovranno naturalmente essere diverse d'indole e di nome, secondochè corrispondano a diritti aventi per oggetto la universalità dei beni, od a diritti particolari sovra beni determinati.

Ma quale è dunque propriamente l'azione esercibile contro gl'immessi in possesso definitivo da coloro che provino d'essere i veri eredi dell'assente in relazione al tempo dell'accertata morte di lui? Gli autori, in generale, non esitano a rispondere che è una vera e propria *azione in petizione di eredità*. Dobbiamo però palesare i nostri dubbi intorno all'esattezza di questo concetto, quantunque ammesso comunemente senza discussione.

" La petizione d'eredità — così fu definita colla mas-
" sima esattezza — è un'azione reale, mediante la quale
" chi si pretende chiamato ad una eredità, *reclama da quello*
" *o da quelli che hanno preso possesso di tutti o di parte degli*
" *oggetti che la compongono, quali successori universali del*
" *defunto, od aventi causa da essi*, il riconoscimento del
" proprio diritto ereditario e il rilascio di tutto ciò che fa
" parte della eredità „ (1).

Non basta dunque che l'attore rivendichi beni come facenti parte d'una eredità, alla quale egli pretenda di avere diritto; ma bisogna inoltre che il convenuto possegga quei beni *in qualità di erede, o di rappresentante l'erede*. Ora, nel caso nostro, coloro che al tempo della provata morte dell'assente erano suoi eredi legittimi o testamentari, si giovano bensì di tale loro qualità per rivendicare i beni contro gl'immessi in possesso definitivo; ma questo non è che uno degli estremi indispensabili per dar luogo ad una vera azione in petizione di eredità. I convenuti posseggono forse essi stessi *nella qualità di eredi*, che pretendano appartenere a loro, invece che agli attori? Essi posseggono *come presunti eredi*, od aventi causa dai presunti eredi, che tali sarebbero stati *qualora l'assente fosse morto nel giorno*

(1) V. Aubry e Rau, t. VI, § 616.

a cui risaliva l'ultima notizia della sua esistenza (art. 26 § 2°, codice civile). Ma non posseggono veramente *come eredi;* perchè per poter vantare tale qualità sarebbe stato necessario accertare la morte dell'assente, che avesse quindi dato luogo all'aprimento della successione, ed affermare di essere al tempo di quella morte i più prossimi congiunti superstiti dell'assente medesimo. Le prove di tutto ciò vengono invece offerte da coloro che agiscono contro i possessori definitivi, e quelli soli possono quindi *vantare la qualità di eredi;* mentre i convenuti si trovano in possesso, non per titolo definitivo di successione, che al tempo della immissione in possesso non poteva dirsi aperta, essendovi ancora incertezza sulla vita o sulla morte dell'assente, ma per un benefizio speciale di legge ad essi conceduto in considerazione dell'eventuale diritto successorio, che loro sarebbe spettato nella supposizione che l'assente fosse morto nel giorno a cui risaliva l'ultima notizia della sua esistenza; si trovano in possesso, non a titolo di vera proprietà, sia pure revocabile, ma a titolo appunto di semplice immissione possessoria, quantunque per eccezionale favore di legge siano ad essa annessi speciali attributi, diritti e poteri simili a quelli della proprietà piena. L'esercizio dell'azione contro i possessori non pone dunque in conflitto due parti, ciascuna delle quali si pretenda *chiamata alla successione nel tempo in cui questa si è aperta.* I soli attori vantano un tale titolo: i convenuti non adducono e non possono allegare che un semplice possesso, quantunque favorito di attributi eccezionalmente favorevoli, nè possono pretendere di farsi considerare quali successori ereditari dell'assente, dal momento che posseggono nella sola qualità di presunti eredi nel tempo in cui cominciò la presunzione di assenza. Ciò dimostra, a veder nostro, che l'azione non può essere qualificata precisamente di *petizione d'eredità*, ma è una semplice azione ordinaria di *rivendicazione* (art. 439, cod. civ.). Gli attori, offrendo le prove della morte dell'assente, e della loro qua-

lità di eredi legittimi o testamentari di lui al tempo in cui quella morte avvenne, si affermano proprietari dei beni componenti la eredità dell'assente stesso, e in virtù appunto di questo diritto di proprietà li rivendicano contro gl'immessi in possesso, come avrebbero diritto di rivendicarli, a termini di detto articolo, *da qualsiasi possessore o detentore*. Ci sia perdonato l'esserci estesi nel dimostrare i motivi di questa nostra opinione; la quale, se vera, potrebbe avere qualche importanza non solo teorica, ma anche pratica, perchè rimarrebbero inapplicabili a questa materia le norme speciali di diritto riguardanti la petizione di eredità.

L'esercizio di un'azione porta seco, secondo i principii generali, l'onere di provare l'esistenza dei fatti giuridici sui quali l'azione stessa si fonda. E su quali oggetti debbano versare nel caso nostro codeste prove risulta, in piena conformità coi predetti principii, dai termini espressi del medesimo articolo 41. Coloro che rivendicano i beni dagli immessi in possesso definitivo, debbono provare:

1° *il tempo della morte dell'assente;*

2° *che a quel tempo ne fossero essi gli eredi.*

Non fu senza un giusto motivo che si dichiarò doversi provare, non già solo che *sia avvenuta la morte* dell'assente, ma *il tempo in cui essa siasi verificata;* perchè se la prova si limitasse al solo fatto della morte, non rimanendo escluso che l'assente *fosse deceduto nel giorno a cui risaliva l'ultima notizia della sua esistenza* — nel qual caso il diritto di successione starebbe tuttavia a profitto degli stessi immessi in possesso o di chi avesse causa da loro — non sarebbe possibile dimostrare che quel diritto spettasse invece agli attori, e mancherebbe così il fondamento della rivendicazione da essi promossa. Per altro non è indispensabile che colla prova somministrata venga determinato precisamente *il giorno della morte dell'assente;* basta che sia stabilito *esser essa avvenuta in tale periodo di tempo che il diritto di successione non potesse spettare a coloro ch'erano stati immessi*

nel possesso dei beni, ed appartenesse invece a quelli che intentano l'azione di rivendicazione.

Ciò potrebbe verificarsi qualora dalle prove date constasse che l'assente fosse sopravvissuto per alcun tempo, anche dopo le ultime notizie che si erano avute di lui allorchè fu pronunciata l'immissione dei presunti eredi nel possesso dei beni; che durante questo intervallo fossero premorti all'assente gli stessi immessi in possesso; e che in seguito a ciò, e nel periodo di tempo entro cui fosse accertato essersi verificata la morte dell'assente, il diritto di successione spettasse agli attori, come più prossimi congiunti di lui. Su queste basi di prova potrebbe legalmente fondarsi la proposta dell'azione contro coloro che nel possesso dei beni fossero succeduti alle persone che da prima ne avessero ottenuta la immissione.

Potrebbe pure essere avvenuto che la immissione in possesso fosse stata in origine pronunciata a favore di persone che realmente non fossero, neppure alla data delle ultime notizie dell'assente, chiamate alla successione di lui; e che i più prossimi congiunti avendo trascurato di esercitare l'azione, che vedremo essere ad essi concessa dall'art. 32 del codice civile, per escludere dal possesso temporaneo quelle persone indebitamente immessevi, si presentassero poi dopo la immissione definitiva per agire contro di esse, a termini dell'art. 41. E crediamo indubitabile l'ammissibilità dell'azione anche in tal caso; nel quale però, come in qualunque altro in cui s'invochi il citato articolo, sarebbe sempre necessario provare *sì il tempo della morte dell'assente, che la qualità degli attori di eredi* di lui in relazione al tempo predetto. Non basterebbe dimostrare d'essere i più prossimi congiunti dell'assente, e che perciò l'immissione in possesso fosse stata indebitamente pronunciata a favore dei più remoti parenti che la ottennero; perchè dopo la immissione definitiva, nessuno, fuorchè i figli o i discendenti dell'assente (art. 40, cod. civ.), può più contendere coi possessori per escluderli dal possesso — come ciò è

lecito durante l'immissione provvisoria in virtù dell'art. 32 — ma si può solo esercitare il diritto ereditario, col carico conseguente di provare l'aprimento effettivo della successione. Nè basterebbe provare che al tempo in cui accadde la morte dell'assente non potessero esserne stati eredi gli immessi in possesso; perchè se con ciò rimarrebbe accertato che questi, o gli aventi causa da loro, avrebbero obbligo di restituire i beni, non ne risulterebbe però che il diritto di rivendicare questi beni spettasse agli attori; e chiunque rivendica, è tenuto a giustificare il diritto proprio, che forma il fondamento della sua domanda, non già soltanto che simile diritto non appartenga a chi possiede i beni formanti oggetto della rivendicazione.

Delle obbligazioni incombenti agli immessi nel possesso definitivo, in corrispondenza dell'azione contro essi promossa da coloro che provino il tempo della morte dell'assente, e la loro qualità, a quel tempo, di eredi legittimi o testamentari di lui, l'art. 41 non dice parola. E questo silenzio è tanto più rimarcabile pel confronto dell'art. 40, dove accordando ai figli ed ai discendenti dell'assente di potere, entro i 30 anni dal giorno della immissione nel possesso definitivo, *far valere i diritti che loro competono sui beni dell'assente*, si è fatto espresso richiamo delle *norme stabilite dall'articolo precedente*, ritenendo così che i figli o discendenti predetti non abbiano a far valere contro gli immessi in possesso definitivo altre ragioni che quelle esercibili verso di loro, a tenore dell'art. 39, dallo stesso assente qualora fosse ricomparso personalmente, o ne fosse stata provata l'esistenza. Dovrebbesi dunque concludere da ciò che invece gli ascendenti, od i parenti collaterali dell'assente, i quali offrendo le prove della morte di lui, e del proprio diritto successorio, proponessero contro gl'immessi in possesso definitivo l'azione per rivendicare i beni, non fossero tenuti a rispettare quei limiti che dall'art. 39 sono imposti allo stesso assente ricomparso? Codesta conclusione sarebbe assurda; essendo troppo manifesto che gli

eredi dell'assente esercitando ragioni, come continuatori e rappresentanti della persona di lui, non possono pretenderne di maggiori di quelle che a lui stesso competerebbero. E se l'art. 41 non ha fatto intorno a ciò alcuna dichiarazione espressa, fu appunto perchè non ve ne era alcun bisogno, bastando a rimuovere ogni dubbio in proposito i principii generali di diritto. Gli autori sono infatti concordi nell'ammettere che i medesimi principii stabiliti dalla legge per regolare i rapporti tra l'assente ricomparso e gl'immessi in possesso dei di lui beni, siano da applicarsi parimente ai rapporti tra questi possessori e coloro che, come veri eredi dell'assente al tempo della di lui morte accertata, rivendichino i beni (1). Non potranno dunque gli eredi legittimi o testamentari, che esercitino l'azione ammessa in loro favore dall'art. 41, ricuperare altro che i beni non alienati dai possessori definitivi o dai loro successori o aventi causa, nello stato in cui quei beni si trovino, o conseguire il prezzo dei beni che fossero stati alienati, ove fosse tuttora dovuto, o conseguire gli altri beni nei quali quel prezzo fosse stato investito: e tutto ciò, a norma dell'art. 39 del codice, interpretato nel modo che abbiamo a suo luogo dimostrato (2).

A questi principii sarebbe però da farsi eccezione qualora gl'immessi in possesso definitivo, od i loro successori od aventi causa, avessero *agito in mala fede*, conoscendo l'avvenuta morte dell'assente e sapendo che altri ne fossero i veri eredi: chè se di ciò essi avessero abusato in danno degli aventi diritto, facendo alienazioni, deteriorando beni o lasciandoli maliziosamente deperire per ommissione delle necessarie cure di conservazione, codeste frodi non potrebbero certamente andare impunite, e il danno cagionato dal fatto o dalla negligenza dei possessori dovrebbe

---

(1) V. Marcadé, art. 130, § 2, t. I, n. 436; Demolombe, t. II, n. 196; Aubry e Rau, t. I, § 157, n. 18; Laurent, t. II, n. 243.
(2) V. sopra, n. 215, 216, 217, p. 982, ss.

essere risarcito, secondo il principio generale proclamato nell'art. 1152 del codice civile (1).

A quest'ordine d'idee sarebbe conforme, secondo almeno il modo in cui sembra doversi intendere, la disposizione finale dell'art. 41, che riserva a favore degl'immessi in possesso definitivo " *gli effetti della buona fede riguardo ai frutti* " *percepiti* „. In un pregevole commento fu notata la differenza tra questa disposizione e quella degli articoli 130 del codice Napoleone, 136 di quello delle Due Sicilie, 94 dell'Albertino e 62 dell'Estense, che riservavano a vantaggio dei possessori " *i frutti da essi acquistati* „ in forza degli articoli 127, 133, 90 e 58 rispettivamente: e quei commentatori dissero che " la formola del codice attuale, " mentre è più ampia, si accosta anche meglio ai principii " generali relativi ai possessori di buona fede „ (2). Ma non avvertirono che le disposizioni citate a confronto riguardavano *gl'immessi nel possesso temporaneo,* verso i quali, venendo provata la morte dell'assente, agissero coloro in cui favore si fosse aperta la successione: e in tal caso era ben ovvio, e forse perfino superfluo il dire che dovendo quei possessori provvisorii restituire i beni dell'assente a chi gli fosse succeduto, ritenessero però a loro profitto quelle rendite che avevano acquistate in forza del godimento ad essi conceduto dalla legge, come effetto della immissione in possesso temporaneo.

L'articolo 41 del codice Italiano riguarda invece *gl'immessi nel possesso definitivo dei beni dell'assente.* Ora, quando questi possessori siano convenuti in giudizio per la restituzione dei beni, da coloro, che provando il tempo della morte dell'assente dimostrino di essere i veri eredi di lui, è veramente logica la interpretazione data dai lodati commentatori alla disposizione che fa salvi a favore dei possessori medesimi *gli effetti della buona fede riguardo ai frutti percepiti,* intendendola nel senso d'una pura e semplice

(1) V. Demolombe, t. II, n. 197.

(2) V. Astengo ed altri, *Cod. civ. confrontato*, ecc., vol. I, art. 41, § 3, p. 344.

applicazione del principio generale stabilito nell'art. 703, secondo il quale " il possessore di buona fede fa suoi i " frutti e non è tenuto a restituire se non quelli che gli " siano pervenuti dopo la domanda giudiziale? „

Possessore di buona fede, nel senso di detto articolo 703, non è se non quegli che " *possiede come proprietario, in* " *forza di un titolo abile a trasferire il dominio, del qual titolo* " *ignorava i vizi* „ (art. 701). Ma coloro, che sono immessi nel possesso dei beni dell'assente, non li posseggono *come proprietari*, nè per un titolo abile a trasferire il dominio, bensì per quegli speciali diritti che sono loro conferiti dalla legge, come attributi di quel peculiare ed eccezionale istituto che è appunto la immissione in possesso. Non può dunque essere l'applicazione della regola generale scritta nell'articolo 703, che giustifichi quanto è dichiarato nelle ultime parole dell'articolo 41. D'altra parte, i possessori definitivi non avevano neppur bisogno d'una speciale disposizione di legge, che attribuisse loro i frutti percetti in buona fede, perchè — come già vedemmo — la immissione in possesso definitivo produce di per sè, tra gli altri suoi effetti, questo di attribuire a coloro che la ottengono la totalità delle rendite dei beni posseduti, nè può mai darsi caso in cui si faccia luogo a doversi restituire da essi all'assente, od a chi lo rappresenti, una parte qualsiasi di queste rendite (1).

Neppure sarebbe ammissibile l'idea che codesta attribuzione della totalità delle rendite agl'immessi in possesso definitivo fosse a rigore da ritenersi cessata nel dì della morte dell'assente, qualora altri che gl'immessi in possesso fossero i veri eredi; e che la disposizione finale dell'art. 41 avesse appunto per iscopo di concedere nondimeno ai possessori predetti, per proteggerne la buona fede, il diritto ai frutti che avessero percepiti durante l'intervallo tra il giorno della morte dell'assente e quello in cui ne fosse giunta a loro cognizione la notizia. Dimostrammo infatti, parlando

(1) V. sopra, n. 208, p. 943-947.

della immissione temporanea, che gli effetti della dichiarazione di assenza non cessano dal momento in cui l'assente abbia finito di vivere, ma solo da quello nel quale avendosene la notizia cessa l'incertezza intorno all'esistenza di lui (1). Finchè questa notizia non giunga, continua dunque, insieme agli altri effetti della dichiarazione d'assenza, anche quello di attribuire agl'immessi in possesso definitivo il diritto alla totalità delle rendite; nè occorreva per ciò uno speciale favore di legge.

Non potendosi pertanto intendere l'ultimo inciso dell'articolo 41 nè nel senso d'una semplice applicazione della regola generale dell'art. 703, nè in quello d'un benefizio eccezionale conceduto dalla legge agl'immessi in possesso definitivo, i quali si siano trovati *in buona fede* ignorando la morte dell'assente, od almeno *il tempo* in cui essa sia avvenuta, resta soltanto, a vedere nostro, questa interpretazione: che riservando a favore dei possessori *gli effetti della buona fede riguardo ai frutti percepiti*, il legislatore abbia voluto far rilevare che al contrario, qualora i possessori siano stati *in mala fede*, conoscendo il tempo in cui l'assente sia morto, e il diritto che perciò spetti ad altri per la successione, debbano restituire a questi eredi anche i frutti che abbiano percepiti in tale condizione di mala fede. Il che è perfettamente giustificato dalle stesse considerazioni, colle quali dimostrammo superiormente che in caso di *mala fede* gl'immessi in possesso definitivo potrebbero pure essere tenuti a risarcire i veri eredi delle perdite e dei danni che per fatto o negligenza propria avessero arrecati ai beni dell'assente.

A questa interpretazione, che daremmo all'ultima parte dell'art. 41, sembra pure conforme l'opinione d'un illustre commentatore (2).

224. — Non è la sola qualità di eredi, o legittimi o

(1) V. sopra, n. 222, p. 1080-1081.
(2) V. Borsari, *Commentario*, art. 40-41, vol. I, § 176 in fine, p. 253, 254.

testamentari, che, una volta provato il tempo della morte dell'assente, autorizzi ad agire contro gl'immessi in possesso definitivo per rivendicare i beni. Anche i diritti particolari sovra oggetti determinati, qualora tali diritti siano subordinati alla morte dell'assente, possono, mediante la prova che si faccia del tempo in cui essa sia avvenuta, diventare esercibili contro i predetti possessori di quei beni. Così, se contemporaneamente all'avuta notizia della morte dell'assente, sia stato scoperto un testamento, nel quale siano disposti legati a favore di determinate persone, queste potranno fuor di dubbio esercitare contro i possessori dei beni dell'assente l'azione a loro competente per conseguire le cose legate, alle quali hanno acquistato diritto fino dal giorno della morte del testatore (art. 862, cod. civ.). Parimente coloro ai quali spettasse sui beni dell'assente qualunque altro diritto dipendente dalla condizione della morte di lui, e che non si fossero curati prima di chiedere, come avrebbero potuto, l'ammissione all'esercizio temporaneo (art. 26 § 3, cod. civ.) od all'esercizio definitivo di quelle loro ragioni (art. 36, cod. civ.), potrebbero ancora far valere le ragioni stesse in modo definitivo e del tutto irrevocabile, provando che si è verificata quella condizione dalla quale i loro diritti dipendevano, cioè la morte dell'assente. Accenna a ciò l'art. 41, quando dice che, provato il tempo della morte dell'assente dopo la immissione nel possesso definitivo, potranno proporre le azioni loro competenti non solo coloro che a quel tempo sarebbero stati eredidell'assente medesimo, ma eziandio *i legatari, e chiunque abbia acquistato un diritto in conseguenza della morte, od i loro successori.*

Quantunque una disposizione simile non sia espressa nell'articolo 34, dove si suppone il caso che il tempo della morte dell'assente venga a provarsi *durante il possesso temporaneo*, è indubitabile però, per le stesse ragioni, che anche allora i legatari, e chiunque avesse diritti subordinati alla condizione, che si provasse verificata, della morte dell'assente, potrebbero esercitare le loro ragioni per conseguire

definitivamente e irretrattabilmente le cose particolari formanti oggetto dei loro diritti.

Tanto nel caso dell'art. 34, quanto in quello dell'art. 41, coloro che al tempo della morte provata dell'assente fossero eredi di lui legittimi o testamentari, potrebbero agire, secondo le circostanze, non solo contro gl'immessi in possesso temporaneo o definitivo, ma ancora contro quelle persone che fossero state ammesse all'esercizio temporaneo o definitivo di diritti particolari sui beni dell'assente — come sarebbero, per esempio, i successori dei legatari o dei donanti con patto di riversione — qualora risultasse che, pel tempo in cui si fosse verificata la morte dell'assente stesso, quei diritti fossero rimasti caducati, o non potessero avere effetto. Così, se al tempo in cui si provasse esser morto l'assente, il legatario o il donante col patto di riversibilità fosse predefunto, si farebbe luogo ad agire contro i loro successori per la restituzione dei beni da quelli avuti in possesso; poichè il legato sarebbe caduco (art. 890, cod. civ.), e la riversione degli effetti donati non sarebbesi verificata (art. 1071, cod. civ.).

Ma non potrebbesi certamente agire mai per tale restituzione *contro lo stesso legatario o donante, nè contro il proprietario di beni usufruiti dall'assente;* giacchè la morte di quest'ultimo, lungi dal distruggere, avrebbe anzi confermati definitivamente ed immutabilmente i loro diritti sui beni ad essi dati in possesso. Solamente, colui che fosse stato ammesso all'esercizio meramente temporaneo di un diritto dipendente dalla condizione della morte dell'assente, potrebbe essere tenuto a restituire una parte dei frutti, qualora venisse provato che l'assente fosse morto in tempo posteriore all'immissione provvisoria; perchè durante quell'intervallo dovrebbero avere applicazione le regole dell'articolo 31, relative alla riserva di una parte delle rendite in favore dell'assente (1). Per esempio: quando si fece luogo

---

(1) V. Marcadé, art. 130, § 5, t. I, n. 439; Demolombe, t. II, n. 198.

alla immissione in possesso provvisorio, anche un legatario, favorito dall'assente nel suo testamento, ottenne, a norma dell'art. 26 § 3, l'ammissione all'esercizio temporaneo dei suoi diritti, ed ebbe quindi il possesso della cosa legata. Più tardi, ma durante sempre lo stesso possesso temporaneo, essendosi venuto a provare il tempo della morte dell'assente, rimase accertato che questa avvenne tre anni dopo l'immissione in possesso temporaneo, nel corso della quale il legatario aveva diritto, secondo l'articolo 31, di ritenere a proprio profitto una parte dei frutti della cosa legata, ma un'altra parte doveva riservarne per l'assente. Verificato così l'aprimento della successione, gli eredi legittimi o testamentari dell'assente non potrebbero certamente rivendicare contro il legatario superstite la cosa legata, giacchè appunto per la sopravvivenza di lui al testatore la disposizione del legato ha tutto il suo effetto (art. 890, cod. civ.). Ma gli stessi eredi possono bensì pretendere dal legatario la restituzione di quella parte delle rendite riservate all'assente a norma dell'art. 31, le quali essendo state percette durante il triennio in cui la successione non era ancora aperta, non venivano acquistate dal legatario che in virtù dell'immissione temporanea all'esercizio del suo diritto, e quindi parzialmente soltanto, dovendo la quota riservata dalla legge a favore dell'assente formar parte del patrimonio di lui, e cadere perciò nel diritto dei successori universali. Altrettanto può ripetersi per tutti i casi nei quali, invece d'un legatario si tratti di un proprietario di beni usufruiti dall'assente, d'un donante sotto patto di riversibilità, o di chiunque abbia sopra determinati beni dell'assente altri diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui. Tutto ciò per altro s'intende sempre, come avvertimmo, con limitazione alla semplice immissione in possesso temporaneo; perchè una volta che questo sia stato trasmutato in definitivo, cessa assolutamente, come vedemmo, qualsiasi obbligo di restituzione di rendite a carico di coloro che ottennero la immissione definitiva.

225. — Nei codici che vigevano in Italia prima dell'attuale, non vi erano disposizioni espresse relative alla prescrizione, che potesse essere opponibile dagl'immessi in possesso definitivo a coloro che provando il tempo della morte dell'assente, e provando d'esserne stati a quel tempo eredi legittimi o testamentari, rivendicassero i beni contro i possessori medesimi. In tutti i vari progetti pel codice Italiano era invece stata introdotta l'espressa riserva a favore degli immessi in possesso, convenuti dai veri eredi dell'assente, di potere " *opporre le prescrizioni che fossero* " *decorse* „ e questa, che era la formola proposta anche nell'articolo 42 del progetto *Pisanelli*, fu poi mutata dalla Commissione del Senato in quella che ora si legge nell'art. 41 del codice: " *Salvi ai possessori i diritti acqui-* " *stati colla prescrizione* „.

In un autorevole commento fu detto essere questa " un'utile aggiunta fatta ai codici d'Italia. Essa risolve un " dubbio che poteva essere gravissimo nel silenzio della " legge, massime a fronte del disposto contenuto negli " articoli 39 e 40 „ (1).

Nè vorremmo negare al codice Italiano il merito di questa lode. Noteremo soltanto che la massima della *prescrittibilità* dell'azione spettante ai veri eredi contro gli immessi in possesso definitivo, non era nè avrebbe potuto essere contestata; che le difficoltà, veramente gravi, riguardavano unicamente la determinazione del momento da cui la prescrizione dovesse cominciare a decorrere; e che la disposizione dell'art. 41 non risolve punto i dubbi che possono presentarsi intorno a ciò, ed anzi può forse accrescerli alquanto il cangiamento di forma apportato all'articolo che era stato proposto nel progetto ministeriale.

Dicemmo che indipendentemente da disposizione espressa legislativa, non era contestato in dottrina, nè poteva esser dubbio secondo i principii generali di diritto, che l'azione

(1) V. Astengo ed altri, *Codice civile confrontato*, ecc., art. 41, § 3, p. 345.

dei veri eredi per rivendicare i beni dell'assente contro coloro che ne fossero stati immessi in possesso definitivo, dovesse andar soggetta a prescrizione; vale a dire alla prescrizione ordinaria di trent'anni, applicabile sempre a qualsiasi azione, tanto reale, quanto personale, qualora non sia stabilita dalla legge una prescrizione diversa (articolo 2135, cod. civ.).

Vedemmo essere *imprescrittibile* l'azione competente all'assente ricomparso, o del quale sia provata l'esistenza, a tenore dell'art. 39, cod. civ. (1). Ma le peculiari ragioni che giustificano questa massima in favore dell'assente stesso, non potrebbero essere con fondamento invocate dai successori di lui.

Per l'assente ricomparso, il ricuperare i suoi beni, da coloro che ne trova in possesso, è una facoltà inerente al suo diritto di proprietà (art. 439, cod. civ.); e “ tali “ facoltà sono di natura loro imprescrittibili, nel senso “ che il non averne usato per qualunque tempo non può “ produrne la estinzione; nè esse possono perdersi che “ indirettamente, in forza dell'acquisto fatto da altri d'un “ diritto contrario „ (2).

La semplice inazione del proprietario assente, sebbene durata per più di 30 anni, non basta dunque a privarlo del diritto di ricuperare, quando ricomparisca, o ne sia provata l'esistenza, i suoi beni. Solo da chi li possedesse potrebb'essergli opposta la *prescrizione acquisitiva*, l'*usucapione*, qualora il possesso fosse stato esercitato pel tempo e col concorso dei requisiti stabiliti dalla legge. Ora gli immessi in possesso, quantunque definitivo, non hanno un possesso atto a prescrivere, perchè esso non è *a titolo di proprietà*, ed è perciò che niuna prescrizione può essere opposta dagli immessi in possesso definitivo all'assente ricomparso, che eserciti i diritti riconosciuti in suo favore dall'art. 39, cod. civile.

---

(1) V. sopra, n. 218, p. 1040, ss.
(2) V. Aubry e Rau, t. II, § 191 in fine.

Ma non si trovano di certo in una condizione simile i successori dell'assente, che provando il tempo della morte di lui, e la propria qualità a quel tempo di eredi legittimi o testamentari, reclamano contro gl'immessi in possesso il diritto ereditario. Costoro esercitano a tale uopo un'azione, soggetta, come tutte le altre, a prescrizione; fondano codesta azione sulla loro qualità di eredi, e tale qualità non possono più allegare quando siano trascorsi trent'anni dopo aperta la successione, perchè col decorso di questo tempo è rimasta estinta la facoltà in loro di accettare l'eredità (art. 943, cod. civ.).

Infatti, non ostante il silenzio del codice Francese su questo argomento, nessuno dei commentatori poneva menomamente in dubbio che l'azione dei veri eredi dell'assente, per rivendicare dagl'immessi in possesso definitivo i beni di lui, fosse *prescrittibile*. Le difficoltà e le differenze di opinioni sorgevano solamente quando si trattava di stabilire da qual giorno la prescrizione potesse cominciare il suo corso.

L'opinione più comune era, che il punto di partenza fosse sempre *il giorno dell'aperta successione*, il giorno in cui si provasse essere avvenuta la morte dell'assente, ancorchè questa si fosse verificata *durante l'immissione in possesso provvisorio*, salve però le cause di sospensione — specialmente per minore età di alcuno degli eredi — che avessero impedito il corso della prescrizione: non ostante che vi fosse pure qualche autorevole opinione a sostenere da una parte che gli immessi in semplice possesso provvisionale non potessero prescrivere contro i veri eredi dell'assente, dall'altra che la minorità di alcuno di questi non fosse di ostacolo, neppure relativamente a lui, al corso della prescrizione (1).

Un altro autore insegnava che quando " per ragione

---

(1) V. Proudhon e Valette, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, c. XX, s. VI, § 3; Marcadé, art. 130, § 2, t. I, n. 436; Demolombe, t. II, n. 193.

“ del tempo in cui si provasse aver avuto luogo la morte
“ dell'assente, altri parenti avessero diritto alla succes-
“ sione, l'azione di questi ultimi sarebbe la petizione di
“ eredità ordinaria, prescrittibile, come tutte le altre azioni,
“ *pel decorso di trent'anni, a partire dal possesso dei beni,*
“ *esercitato dopo l'aprimento della successione*, e senza pre-
“ giudizio delle sospensioni e delle interruzioni, come di
“ diritto „ (1). Ciò equivaleva a dire che la prescrizione non potesse contarsi nè dal giorno della immissione in possesso, se la morte dell'assente fosse avvenuta solo più tardi, nè dal giorno dell'aprimento della successione se questo si fosse verificato posteriormente alla immissione in possesso; ma il corso della prescrizione cominciasse solo dal giorno in cui concorressero i due fatti, della pronunciata immissione in possesso e dell'avvenuta morte dell'assente.

Secondo una terza opinione “ l'azione si prescriverebbe,
“ in ogni caso, pel tempo di trent'anni dal dì della morte
“ dell'assente; ma potrebbe anche cessare d'essere rice-
“ vibile prima dello spirare di questo termine, qualora
“ fossero passati trent'anni dopo l'immissione in possesso
“ definitivo „ (2). Con questa teoria si veniva ad ammettere la possibilità di due distinte specie di prescrizione; quella, cioè, meramente *estintiva dell'azione* degli eredi per l'esercizio del loro diritto successorio, prescrizione trentennaria, decorribile dal giorno dell'apertura della successione; e quella *acquisitiva* della proprietà dei beni formanti oggetto della immissione in possesso definitivo, prescrizione decorribile dal cominciamento di questa immissione, e producente dopo compiuto il trentennio l'indicata estinzione dell'azione dei veri eredi.

Un più recente scrittore riprodusse nella sostanza — se non erriamo nell'intenderlo — la stessa teoria, quantunque l'abbia presentata sotto un aspetto diverso. La sua argo-

---

(1) V. Duranton, t. II, n. 511.
(2) V. Aubry e Rau, t. 1, § 157, n. 16, 17.

mentazione ci sembra potersi riassumere brevemente così. La prescrizione decorre dal giorno in cui gl'immessi in possesso hanno cominciato a *possedere a titolo di proprietà*, e quindi *dal giorno della morte dell'assente, se questa è accaduta dopo la immissione definitiva*. Quando invece la morte dell'assente siasi verificata durante la immissione dei presunti eredi nel possesso semplicemente temporaneo, non è possibile in quel periodo di tempo il corso d'una *prescrizione acquisitiva;* ma può nondimeno essere applicabile la *prescrizione estintiva* dell'azione spettante ai veri successori dell'assente per l'esercizio del loro diritto ereditario; la quale prescrizione estintiva decorrerà dal giorno dell'apertura della successione (1).

Crediamo che questa distinzione, segnalata dai signori *Aubry* e *Rau*, ed adottata dal *Laurent*, valga veramente in teoria a risolvere le difficoltà di questo spinoso argomento, e possa servire ad una retta interpretazione di quanto fu disposto espressamente nell'art. 41 del nostro codice; sebbene, per verità, esso non accenni che ad una sola specie di prescrizione, e questa sembri doversi intendere per l'*acquisitiva* della proprietà dei beni a favore di coloro che ne ottennero il possesso definitivo. L'articolo infatti, dicendo " salvi ai possessori *i diritti acquistati colla* " *prescrizione* „ usa una espressione che per sè si confà all'*usucapione* anzichè alla *prescrizione estintiva;* giacchè la sola usucapione è veramente un *mezzo di acquistare diritti*, mentre la *prescrizione* propriamente detta non è che una eccezione, opponendo la quale si può respingere una azione, che quindi rimane estinta. Ma come mai si è ammessa una prescrizione acquisitiva a favore degl'immessi in possesso definitivo, mentre essi non posseggono — almeno secondo l'opinione nostra — *a titolo di proprietà*, e per questo motivo appunto non possono opporre prescrizione alcuna all'assente, il quale ricomparendo agisce per

---

(1) V. Laurent, t. II, n. 245.

ricuperare i propri beni, che ancora si trovino in loro mani? Non può negarsi che qualora non si riconosca — come a noi non parve da riconoscersi — l'esistenza di un diritto di proprietà revocabile *ex nunc* sui beni dell'assente, a favore di coloro che ne sono immessi in possesso definitivo, qualora perciò costoro non posseggano a *titolo di proprietà*, non è giustificabile colla semplice applicazione delle norme comuni l'ammissione pei medesimi immessi in possesso d'una prescrizione acquisitiva. Bisogna considerare questa come una *concessione eccezionale* fatta dalla legge ai possessori; concessione però giustificata dallo scopo di non turbare interessi da lungo tempo stabiliti, di non esporre a gravi dissesti le famiglie; concessione, d'altra parte, che si coordina con altra disposizione speciale dell'articolo precedente, nella quale ammettendo i figli e i discendenti dell'assente a poter esercitare contro gl'immessi in possesso gli stessi diritti che competerebbero all'assente medesimo ricomparso, senza bisogno di provarne la morte, si è però stabilito che tali diritti debbano essere esercitati “ *entro i trent'anni dal giorno della* “ *immissione nel possesso definitivo* „ facendo così divenire questa immissione il fondamento d'una prescrizione trentennaria, mediante la quale i possessori acquistano sui beni dell'assente, a fronte dei figli o discendenti di lui, diritti che altrimenti non avrebbero.

Ma, ritenuto che l'art. 41 del nostro codice, parlando di *prescrizione* allegabile dai possessori, abbia inteso di riferirsi alla prescrizione acquisitiva, ne rimarrà esclusa l'ammissibilità della *prescrizione estintiva?* Non crediamo che sia da venirsi a questa conclusione, la quale ripugnerebbe ai principii generali; poichè col decorso di trent'anni dall'aperta successione essendo perduta, in forza del disposto dell'art. 943, cod. civ., *la facoltà di accettare la eredità*, non è più possibile ammettere che gli eredi esercitino ancora il diritto successorio. Se dunque nell'art. 41 non fu contemplata la *prescrizione estintiva* dell'azione

competente ai veri eredi dell'assente, è perchè ciò non era necessario, provvedendo abbastanza la disposizione generale dell'art. 943; se fu invece menzionata espressamente la *prescrizione acquisitiva*, che può essere invocata dagli immessi in possesso definitivo, è perchè questa è un benefizio eccezionale conceduto loro dalla legge. Parrà forse eccessivo che i possessori possano giovarsi tanto della prescrizione estintiva, quanto dell'acquisitiva? Ma ciò non ha nulla di strano. Se i veri eredi, non ostante il decorso di 30 anni dal dì dell'aperta successione, non hanno esercitati i loro diritti ereditari, li hanno per la sola inazione perduti, in forza del disposto dell'art. 943, non ostante che coloro i quali erano presunti eredi, in relazione al tempo a cui risaliva la presunzione di assenza, non abbiano avuto per 30 anni il possesso definitivo dei beni. Se il possesso definitivo continuò per lo spazio di 30 anni, vi è ragione sufficiente, secondo lo spirito della legge, per accordare ai possessori l'acquisto della proprietà dei beni per usucapione, non ostante che non siano trascorsi ancora 30 anni da quando per la morte dell'assente erano divenuti esercibili i diritti successorii dei veri eredi di lui. Stabiliti così i principii, riesce poi agevole il determinare la decorrenza dell'una e dell'altra prescrizione. Quella *estintiva* dell'azione dei veri eredi, per l'esercizio dei loro diritti successorii, deve cominciare naturalmente *dall'aprimento della successione*, avendo allora principio l'esercibilità dell'azione.

Uno dei nostri scrittori si domandò: " Il termine della " prescrizione decorre forse dal giorno della immissione " definitiva, o dal giorno della morte? Oppure dal giorno " in cui il fatto della morte è stato conosciuto? A me " pare che solo da quest'ultimo giorno comincia a decorrere la prescrizione, *poichè non poteva farsi valere un " diritto che non si conosceva* „ (1).

---

(1) V. Borsari, *Commentario*, art. 40-41, vol. I, § 176, p. 253.

È evidente la confusione che l'autore faceva tra la *prescrizione acquisitiva* e l'*estintiva*. Ma prescindendo da ciò, e restringendosi a quest'ultima, alla quale si riferiva la conclusione, è chiaro ancora che l'autore voleva erroneamente applicare la massima “ *Contra non valentem* “ *agere non currit praescriptio* „. Questa massima è da osservarsi pei casi d'*impossibilità legale ed assoluta* d'esercitare l'azione, non quando si tratti d'un semplice *ostacolo di fatto*, quale è nel caso nostro l'avere ignorata l'avvenuta morte dell'assente. Se si ammettesse che bastasse ciò per impedire il corso della prescrizione, il benefizio di essa andrebbe nel maggior numero dei casi perduto.

Quando dunque siano trascorsi 30 anni dal dì della accertata morte dell'assente, coloro che sarebbero stati eredi di lui a quel tempo non possono più esercitare i loro diritti successorii contro gl'immessi in possesso definitivo dei beni, quantunque questo possesso dati da tempo minore di 30 anni. Ma se la morte dell'assente si fosse verificata durante la immissione in possesso temporaneo? Non vediamo come ciò possa produrre alcuna difficoltà. L'apporterebbe qualora si trattasse di *prescrizione acquisitiva*, perchè gl'immessi in possesso temporaneo lo esercitano precariamente soltanto, a titolo di semplice amministrazione. Ma parlandosi ora di prescrizione estintiva, dipendente soltanto dalla inazione dei veri eredi, per non avere esercitati durante il corso di 30 anni i loro diritti di successione, che importa se i beni della eredità siano stati tenuti dagli immessi in possesso a titolo semplicemente temporaneo e precario, o piuttosto a titolo d'*immissione definitiva?*

Un dubbio potrebbe rimanere pel caso che siano i figli o i discendenti dell'assente, i quali reclamino i loro diritti sui beni di lui contro altri che ne siano stati immessi in possesso definitivo. L'art. 40 accorda loro di potere esercitare questi diritti “ *entro i trenta anni dal giorno* “ *della immissione nel possesso definitivo* „. Come sarebbe

dunque possibile prima di questo giorno la decorrenza della prescrizione estintiva delle loro azioni? Ma bisogna guardarsi dal confondere. Nell'art. 40 — come vedremo appresso — non sono *i diritti di eredità*, che si suppongano esercitati dai figli o discendenti dell'assente, ma è la semplice *reclamazione del possesso* dei beni di lui. E allora, per un riguardo giustificato dalla qualità delle persone, è loro concesso di poter agire a quello scopo contro gl'immessi nel possesso definitivo entro i trent'anni dal giorno di tale immissione, *senza che gli attori siano tenuti a provare la morte dell'assente*. Quando invece il tempo della morte venga ad essere provato, anche i figli o discendenti dell'assente, come chiunque altro che al detto tempo ne fosse stato erede, possono proporre contro i possessori le proprie azioni per l'esercizio del diritto ereditario. Ma in tal caso è naturale che esercitando i diritti di eredità, debbano anche i figli o discendenti andar soggetti all'applicazione della regola generale scritta nell'art. 943, cod. civ., che dopo il decorso di trent'anni dall'aperta successione priva qualunque erede della facoltà di accettare l'eredità (1). Quanto alla prescrizione acquisitiva in favore degli immessi in possesso, è chiaro non poterne cominciare la decorrenza fuorchè dal giorno in cui sia stata pronunciata la immissione definitiva; poichè solamente su di essa appunto si fonda la prescrizione predetta.

Non sembra poi dubbio che tanto alla prescrizione estintiva quanto all'acquisitiva, in questa materia, siano da applicarsi le regole comuni relative alle cause di sospensione o interruzione. L'opinione contraria del *Proudhon*, che insegnava non potersi dai figli o discendenti dell'assente opporre la loro minorità, per difendersi dalla eccezione di prescrizione con cui gl'immessi in possesso

---

(1) V. Marcadé, art. 133, § 2, t. I, n. 449; Demolombe, t. II, n. 194; V. contro Proudhon, t. I, c. xx, s. VI, § 3, p. 332; Duranton, t. I, n. 512.

definitivo respingessero l'azione diretta alla rivendicazione dei beni, non potrebb'essere accolta, ed era infatti contrastata unanimamente dagli altri autori, e dallo stesso *Valette* nelle sue annotazioni all'opera del *Proudhon*. Questi si appoggiava alla considerazione che l'art. 133 del codice Francese (40 del codice Italiano) accordando ai figli o discendenti dell'assente un trattamento speciale di favore, limitava l'esercibilità dell'azione ad essi concessa, a *trent'anni di tempo dall'immissione in possesso definitivo*, senza distinguere se i detti figli o discendenti fossero maggiori o minori di età; e che d'altronde l'art. 2264 dello stesso codice Francese (a cui corrisponderebbe il 2147 del codice civile Italiano) richiamava l'osservanza delle disposizioni contenute negli altri titoli del codice per quelle prescrizioni che non fossero specialmente menzionate nel titolo 20° del terzo libro. Ma — come osservammo già sopra — l'art. 40 del codice nostro riguarda soltanto una speciale azione relativa al possesso, che per eccezionale favore viene accordata ai figli o discendenti dell'assente, e non l'azione ordinaria per l'esercizio dei diritti successorii, nel caso che sia provato il tempo della morte dell'assente, circa la quale azione anche i figli o discendenti sono in condizioni perfettamente identiche degli altri eredi legittimi dell'assente. Ed inoltre — come notava il *Valette* — l'articolo 2264 del codice Francese aveva per oggetto di mantenere l'osservanza delle disposizioni contenute in altri titoli del codice relativamente a certe particolari materie di prescrizione, non di stabilire che in queste materie speciali rimanessero inapplicabili le regole generali contenute nel titolo della prescrizione, come quelle concernenti le cause di sospensione; e sarebbe poi stato assurdo che una disposizione diretta a favorire i figli o discendenti — come quella dell'articolo 133 — avesse per risultato di privarli dei beneficii delle disposizioni generali circa la prescrizione.

---

§ II. — Delle cause speciali di cessazione relativa della immissione in possesso.

A

Causa speciale di cessazione relativa del possesso temporaneo.

Sommario. — 226. Azione, mediante la quale può taluno, quale presunto erede dell'assente, escludere altri dal possesso temporaneo dei beni, o parteciparvi. — Condizioni alle quali è subordinato l'esercizio di tale azione. — 227. Principii da osservarsi relativamente alla prescrizione che può essere opposta all'azione predetta. — 228. Effetti della sostituzione d'un nuovo possessore temporaneo a quello che prima abbia ottenuto il possesso. — 229. Regole speciali relative ai frutti prodotti dai beni, il cui possesso temporaneo passi ad altri aventi diritto prevalente od eguale a quello dei precedenti possessori.

226. — Dobbiamo ora occuparci di quelle speciali cause di cessazione relativa dei provvedimenti dipendenti dall'assenza, per le quali l'immissione in possesso temporaneo o definitivo può essere reclamata da determinate persone, contro altre che l'abbiano in principio conseguita, escludendone queste per tutti i beni o per parte di essi, e sostituendosi nel possesso medesimo o partecipandovi (1). Parlando prima di ciò che riguarda l'immissione in possesso temporaneo, è da osservare che nei codici anteriori — eccettuati l'Albertino e l'Estense — non trovavansi disposizioni espresse intorno a questo oggetto. Nondimeno la dottrina era concorde nell'ammettere che la immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, ottenuta da determinate persone, non privasse le altre, che presentandosi più tardi potessero tuttavolta dimostrare d'essere più prossimi eredi dell'assente in relazione al giorno della scomparsa o dalle ultime notizie di lui, non le privasse del diritto di reclamare a proprio favore quel possesso, purchè

(1) V. sopra, n. 212, p. 971-972.

esercitassero le loro azioni prima che fossero estinte per la ordinaria prescrizione di trent'anni (1). Si fondava questa massima sulla disposizione dell'art. 120 del codice Francese (26 § 2, codice Italiano); argomentandone che se a coloro, che sarebbero stati eredi presuntivi dell'assente nel giorno della scomparsa o delle ultime notizie di lui, spettava il diritto di farsi immettere nel possesso provvisorio dei beni, dovesse dunque competere loro azione per reclamare tale possesso contro quelli che l'avessero indebitamente ottenuto, salvi gli effetti della prescrizione, mediante cui questa, come ogni altra azione, poteva rimanere estinta.

Il *Laurent* proponeva pure il dubbio, se la stessa azione potesse essere esercitata *dopo l'immissione in possesso definitivo*. E per la generalità dei casi rispondeva negativamente; osservando che al tempo della immissione definitiva sarebbe quasi sempre incorsa la prescrizione, dovendo questa computarsi dal giorno in cui fosse cominciato il possesso altrui, cioè dall'immissione provvisoria, e solo dopo trent'anni da questa facendosi luogo all'immissione definitiva. Soggiungeva però: " Può per altro accadere " che l'azione dei parenti più prossimi non sia ancora " prescritta. L'immissione in possesso viene eziandio pro- " nunciata allorchè siano trascorsi cento anni compiti dalla " nascita dell'assente (art. 129), quando pure l'immissione " provvisoria non abbia ancora durato per trent'anni. In " questo caso gli eredi presuntivi al giorno della sparizione " dell'assente, potranno agire, purchè siasi tuttora entro il " termine del trentennio. Poco importa che sia stata pro- " nunciata già l'immissione definitiva; poichè non è dessa " che attribuisca alcun titolo a coloro che l'hanno ottenuta; " i quali non son chiamati al possesso se non come eredi " presuntivi, e se non sono tali, debbono cedere il possesso

(1) V. Duranton, t. I, n. 531; Marcadé, art. 120, § 6, t. I, n. 361; Demolombe, t. II, n. 178, 2°, 181: Aubry e Rau, t. I, § 152, n. 10; Laurent, t. II, n. 240.

“ ai veri eredi, a meno che l'azione di costoro sia rimasta “ prescritta „. Vedremo appresso se questa opinione sia adottabile anche per noi, tenendo conto delle disposizioni, in parte diverse da quelle del codice Francese, che si trovano scritte nel codice nostro.

Il codice Albertino fu il primo, che nell'art. 92 — riprodotto identicamente nell'art. 60 del codice Estense — proclamò la massima, che fu poi scritta nel nostro art. 32 così espresso: “ Se, *durante il possesso temporaneo,* alcuno “ provi di avere avuto, al tempo da cui parte la presunzione di assenza, un diritto prevalente od eguale a quello “ del possessore, può escludere questo dal possesso o farvisi “ associare; ma non ha diritto ai frutti, *se non dal giorno* “ *della domanda giudiziale* „.

Non è però senza qualche importanza il rilevare la differenza di forma nel citato art. 92 del codice Albertino, ch'era espresso così:

“ Se *prima che siano trascorsi i trenta, od i cent'anni, come* “ *nel seguente articolo* — a cui corrisponde il 36 del codice “ attuale — sarà comparsa una persona la quale provasse “ d'avere al tempo della sparizione, o delle ultime notizie, “ un diritto poziore od eguale a quello del possessore “ provvisionale, potrà escluderlo dal possesso, o farvisi “ associare rispettivamente, ma non *avrà diritto ai frutti* “ *acquistati in virtù dell'art.* 90 — 30 e 31 del codice “ attuale — *anteriormente alla domanda fatta in giudizio* „.

A primo aspetto potrebbe apparire che, non ostante la diversità delle parole, il senso delle disposizioni fosse lo stesso. L'immissione in possesso temporaneo può trasmutarsi in definitiva quando l'assenza sia stata continuata per lo spazio di trent'anni dopo l'immissione nel possesso temporaneo, o quando siano trascorsi cento anni dalla nascita dell'assente — e il codice attuale aggiunge la condizione che *le ultime notizie di lui risalgano almeno a tre anni addietro.* — Dunque, si potrebbe pensare, il supporre che sia in corso la immissione in possesso tempora-

neo, o che non siano ancora compiti i trent'anni di assenza presunta, nè i cento anni dalla nascita dell'assente, è in fondo la stessa cosa. Pure, a persuadersi dell'errore in cui s'incorrerebbe con tale argomentazione, basta il riflettere che pel solo compimento dei trenta o dei cent'anni, non si verifica di pien diritto la trasformazione della immissione in possesso da provvisoria in definitiva, ma occorre che le parti interessate ne facciano istanza, e ne ottengano formale pronunzia dal tribunale (detto art. 36, cod. civile). Qualora, non ostante il compimento dei trent'anni d'assenza presunta o dei cento anni dalla nascita dell'assente, del quale manchino notizie da tre anni almeno, gl'interessati non abbiano ancora fatta istanza al tribunale per ottenere l'immissione in possesso definitivo, continua sempre l'immissione in possesso temporaneo, e perciò secondo la disposizione dell'art. 32 del codice Italiano, è ancora ammissibile l'azione dei più prossimi eredi per escludere dal possesso chi l'aveva indebitamente ottenuto; mentre non sarebbe stato così per l'art. 92 del codice Albertino, avendo esso prescritto, che tale azione dovesse essere promossa *prima che fossero trascorsi i trenta od i cento anni, come nel seguente art.* 93.

Ma dunque, quando sia stata pronunciata dal tribunale, sulla istanza delle parti interessate, la immissione in possesso definitivo, diverrà assolutamente irricevibile l'azione, che intenti chi possa provare di avere avuto, al tempo da cui partì la presunzione di assenza, un diritto prevalente od eguale a quello del possessore, *per escludere questo dal possesso, o farvisi associare*, come è detto nell'art. 32?

Abbiamo riferito sopra l'opinione di *Laurent*, il quale insegnava che quando non fossero trascorsi trent'anni dalla immissione d'altri nel possesso temporaneo, e tuttavia fosse stata pronunciata l'immissione definitiva pel compimento di cento anni dalla nascita dell'assente, fosse lecito a chi provasse d'avere avuto al cominciare della presunzione di assenza il diritto di successione, preferibilmente

a chi fosse stato immesso in possesso, di reclamare a proprio favore il possesso definitivo.

La stessa idea avevamo noi pure manifestata nella prima edizione di questo lavoro. Osservavamo che certamente, quando l'immissione in possesso definitivo fosse stata pronunciata per essere trascorsi trent'anni dopo l'immissione in possesso temporaneo — secondo il disposto dell'art. 36, cod. civile — chiunque si presentasse dopo per farsi sostituire in quel possesso, o parteciparvi, potrebbe essere respinto coll'eccezione di prescrizione; ma quando invece fosse stato conceduto il *possesso definitivo* per essere trascorsi cento anni dalla nascita dell'assente, di cui mancassero da più di tre anni le notizie, non essendo però allegabile dai possessori alcuna prescrizione compiuta in loro favore contro chi avesse diritti prevalenti od eguali per la successione dell'assente, rimanesse esercibile da costoro l'azione per escludere dal possesso chi l'avesse indebitamente conseguito, o, secondo i casi, parteciparvi, non ostante che l'immissione avesse carattere definitivo. E crediamo ancora che esaminata la questione in pura teoria, la soluzione predetta sarebbe da riguardarsi come perfettamente conforme ai principii. Finchè non sia provato il tempo della morte dell'assente, a chi spetta il diritto del possesso, sia temporaneo, sia pure definitivo, dei beni di lui? Unicamente ai presunti eredi, che tali sarebbero supponendo avvenuta la morte dell'assente nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza, ovvero ai rispettivi loro eredi (art. 26 § 2°, e 36, cod. civile). Ora, se si prova che coloro, ai quali fu accordato il possesso, l'ottennero indebitamente, e che altri sono veramente i presunti eredi dell'assente in relazione al tempo predetto, sarebbe logico che a questi ultimi dovesse competere azione per esercitare il diritto proprio, ed escludere dal possesso chi erroneamente era stato considerato come avente la qualità di erede presunto. Se non che, esaminando più attentamente, e combinando fra loro le disposizioni del codice

Italiano riferibili a questo argomento, ci siamo persuasi che alla teoria surriferita non sia conforme il diritto positivo.

L'art. 32 pone formalmente come condizione per poter agire contro gl'immessi in possesso, al fine di escluderli da esso o di parteciparvi, che non sia ancora stata pronunciata l'immissione definitiva: " Se *durante il possesso temporaneo* „ dice quell'articolo. D'altra parte nella seconda sezione, riguardante la immissione nel possesso definitivo dei beni dell'assente, non è stata scritta alcuna disposizione, che estenda anche a quest'ultimo periodo dell'assenza una massima simile a quella che fu stabilita nell'art. 32 pel possesso temporaneo. Eppure, qualora si fosse voluto stabilire la stessa regola tanto per l'uno quanto per l'altro stadio dell'assenza, sarebbe stato naturale che si dettasse una disposizione comune ad amendue, ovvero si riproducesse una disposizione simile sì nella prima che nella seconda sezione. Invece in quest'ultima è stata introdotta una disposizione — quella dell'art. 40 — la quale accordando in forma di eccezione ai figli o discendenti dell'assente di potere esercitare entro trent'anni i loro diritti sui beni di lui contro gli altri parenti che indebitamente abbiano ottenuta l'immissione in possesso definitivo, senza bisogno di provare la morte dell'assente medesimo, fa supporre che il legislatore abbia ritenuto come regola generale il contrario; e cioè che coloro i quali si proponessero di provare di aver diritto prevalente od eguale a quello dei possessori dei beni dell'assente, senza però essere figli o discendenti di lui, non possano dopo la immissione d'altri nel *possesso definitivo*, sebbene entro i trent'anni dalla pronunzia di esso, esercitare contro codesti possessori altro diritto fuorchè quello di rivendicare i beni a titolo di *successione già aperta*, provando, giusta l'art. 41, il tempo della morte dell'assente medesimo.

Ciò riesce certamente ad una derogazione ai principii comuni di diritto; ma sembra che risulti con bastante certezza dal testo e dal confronto delle citate disposizioni.

Oltre di che, non vi è forse difficoltà troppo grave a riconoscere i motivi pei quali il legislatore abbia voluto scostarsi in questo particolare dalle regole comuni. L'immissione in possesso definitivo, cogli attributi speciali che la legge le ha assegnato, è — come vedemmo — una istituzione d'indole affatto speciale, creata dal legislatore allo scopo di dare assetto stabile al governo dei beni dell'assente. Or questa voluta stabilità sarebbe gravemente pregiudicata ammettendo che dopo la immissione definitiva, senza bisogno di provare che l'assente fosse morto, chiunque potesse allegare di avere avuto, al tempo in cui cominciò la presunta assenza, un diritto prevalente od eguale a quello dei possessori, ed avesse diritto di escludere questi, o di farsi immettere nel possesso insieme a loro. Si sono ammessi a reclamare il possesso definitivo, contro altri che l'abbiano ottenuto, i figli o i discendenti dell'assente, perchè la loro qualità li rendeva meritevoli di speciale favore; ma ciò appunto dimostra e giustifica che non siasi voluto concedere altrettanto ad altri successibili, siano poi ascendenti o collaterali. Sembra dunque che costoro non possano, a fronte degl'immessi in possesso definitivo, giovarsi d'altro che della disposizione dell'art. 41, provando il tempo della morte dell'assente, dimostrando in relazione a quel tempo i loro diritti di successione, e questi esercitando contro coloro che avevano conseguita l'immissione definitiva.

Chi reclama un diritto prevalente od eguale a quello del possessore, contro il quale agisce *per escluderlo da quel possesso o farvisi associare*, ha l'onere di provare l'esistenza del diritto allegato in ordine *al tempo da cui parte la presunzione di assenza*, com'è espresso nell'art. 32, cod. civile. Ciò è perfettamente conforme ai principii generali riguardanti l'onere della prova, perchè chiunque formoli in giudizio un'azione, è tenuto di provare i fatti dei quali essa supponga l'esistenza; e l'azione diretta a togliere il possesso dei beni dell'assente a chi n'è stato investito,

ed a sostituirglisi, suppone appunto che chi la intenta abbia un diritto prevalente od almeno eguale a quello che era vantato dal convenuto. È conforme altresì ai principii fondamentali dell'assenza; perchè continuando essa tuttora, durando sempre una completa incertezza sulla vita o sulla morte dell'assente, non è possibile determinare a chi spetti la qualità di erede presunto di lui, fuorchè in relazione a quel tempo nel quale la incertezza della sua esistenza ha cominciato, a quel giorno in cui potrebb'esserne avvenuta la morte; e l'assumere per tale determinazione un qualunque altro momento posteriore mancherebbe affatto di base, stante la completa incertezza, che si suppone, sia della vita, sia della morte dell'assente. La massima predetta trovasi inoltre, come doveva essere, in perfetta armonia coll'altra, riguardante la determinazione delle persone aventi diritto alla immissione in possesso temporaneo; *le quali sono gli eredi testamentari, e in loro mancanza quelli che sarebbero stati eredi legittimi, se l'assente fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza* (articolo 26 § 2°, cod. civile).

Se, per supposta mancanza di eredi testamentari dell'assente, sia stata pronunciata l'immissione in possesso temporaneo, secondo l'art. 26 § 2°, a favore di coloro che erano creduti eredi legittimi dell'assente, come i più prossimi tra i parenti di lui superstiti nel giorno a cui risaliva l'ultima notizia della sua esistenza, ovvero a favore dei loro rispettivi eredi, potrà essere reclamato quel possesso, a norma dell'art. 32, tanto da chi si presenti nella qualità di erede testamentario, quanto di vero erede legittimo, o di rappresentante dell'uno o dell'altro; ma col carico di provare nel primo caso l'esistenza d'una disposizione testamentaria valida, che li istituisse eredi, nel secondo caso il diritto prevalente od eguale a quello dei possessori, cioè di essere i reclamanti, od i loro autori, i più prossimi successibili dell'assente in relazione al tempo della sua scomparsa o delle ultime sue notizie.

227. — Nell'art. 32 del nostro codice non è fatto alcun cenno della eccezione di prescrizione, che possa essere opposta dagl'immessi in possesso temporaneo contro coloro i quali agiscano *per escluderli dal possesso o farvisi associare;* mentre si trova menzione espressa di simile eccezione opponibile in altri casi dagl'immessi in possesso definitivo (art. 40 e 41, cod. civ.). Devesi argomentare da ciò che gl'immessi in semplice possesso temporaneo non possano giovarsi mai della prescrizione, per difendersi da chi agisca al fine di sostituirsi a loro in tale possesso, o di parteciparvi? Una simile idea sarebbe contraria ai principii, secondo i quali qualsiasi azione, sia poi reale o personale, si prescrive generalmente col tempo di trent'anni (art. 2135, cod. civ.). E poichè a questa regola generale non è derogato da alcun testo di legge in riguardo alla speciale azione di cui si tratta, nè la natura sua è tale che in virtù dei principii generali di diritto debba sottrarla all'applicazione della regola stessa; è conseguente che anche l'azione contemplata nell'art. 32, sebbene ciò non vi sia espresso, rimanga soggetta alla prescrizione ordinaria stabilita nell'art. 2135 sopra citato. Infatti su questo punto di massima nessun autore ha mai sollevato alcun dubbio. Ma vi è invece discordanza di pareri quanto a determinare il momento da cui debba computarsi la decorrenza della prescrizione trentennaria.

Veramente l'opinione comune è che i parenti dell'assente, i quali siano veri eredi presuntivi di lui al tempo della sua scomparsa o delle sue ultime notizie, volendo escludere dal possesso altri che vi siano stati indebitamente immessi, " debbano reclamare *entro i trent' anni seguenti alla immis-* " *sione provvisoria* „ ossia che la prescrizione trentennale decorra *dalla data della sentenza colla quale sia stata pronunciata codesta immissione* (1).

Altri però ha insegnato che qualora, avendo un più

(1) V. Duranton, t. I, n. 531; Demolombe, t. II, n. 182; Aubry e Rau, t. I, § 152, n. 10; Laurent, t. II, n. 240.

lontano parente chiesto ed ottenuto il possesso temporaneo dei beni dell'assente, il congiunto più prossimo “ voglia “ più tardi togliere il possesso a chi l'abbia indebitamente “ conseguito, *debba agire contro di lui entro trent'anni, com-* “ *putati dal giorno della dichiarazione di assenza;* trascorso “ il qual termine la prescrizione sarebbe compiuta, e il “ diritto del parente più prossimo si troverebbe estinto „ (1).

Com'è manifesto, nella prima di queste teorie si considera la prescrizione come *acquisitiva* di diritti a favore degl'immessi in possesso, e perciò se ne computa il tempo dal giorno nel quale l'immissione provvisoria è incominciata; nella seconda invece si considera la prescrizione come *estintiva* dell'azione dei più prossimi congiunti per reclamare il possesso, e perciò se ne stabilisce la decorrenza dal giorno in cui, dichiarata l'assenza, *cominciò a poter essere chiesta* da quei più prossimi congiunti l'immissione in possesso. È pure manifesto che la seconda delle riferite opinioni è più della prima favorevole pei possessori, i quali più presto son fatti sicuri contro le azioni altrui dirette ad escluderli dal possesso od a parteciparvi; perchè la dichiarazione di assenza deve necessariamente precedere la immissione in possesso, e questa può anche essere stata chiesta e pronunciata molto tempo dopo.

Per sostenere l'idea d'una prescrizione acquisitiva a favore degl'immessi in possesso, il *Demolombe* osservava: che se essi sono da riguardarsi come semplici depositari ed amministratori rimpetto all'assente, e sotto certi rapporti, anche in riguardo a terze persone “ relativamente “ però agli altri parenti dell'assente, raccolgono veramente “ la successione di lui, per una specie di apertura provvi- “ soria di essa, e ricevono effettivamente i beni coll'inten- “ zione di conservarli per sempre a proprio vantaggio, “ qualora l'assente non ritorni „.

Accennammo, nell'esporre le nozioni generali circa la

(1) V. Marcadé, art. 120, § 7, t. I, n. 362.

immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, le ragioni per le quali ci sembrano erronei questi concetti, che l'immissione temporanea dipenda da una provvisoria apertura della successione dell'assente, e che gl'immessi nel possesso lo esercitino a titolo di proprietà, con animo di tener come propri i beni dell'assente. Tuttavia, avendo ritenuto che anche l'immissione in possesso temporaneo conferisca a coloro che la ottengono veri diritti reali sui beni dell'assente (1), potremmo pure ammettere la possibilità giuridica dell'acquisto di tali diritti per prescrizione in favore di coloro, che essendo stati immessi indebitamente nel possesso provvisorio, lo avessero però continuamente esercitato per un trentennio. Se non che, per la riflessione fatta sopra, che gl'immessi in possesso temporaneo avrebbero maggior vantaggio dalla *prescrizione estintiva* dell'azione esercitata contro di loro dai più prossimi parenti dell'assente, ci sembra chiaro che solo quando fosse quella da escludersi come inammissibile, sarebbe il caso di ricorrere all'altra, decorrente soltanto dal giorno della effettiva immissione in possesso, anzichè da quello precedente della dichiarazione di assenza.

Il *Demolombe* volle dimostrare che anche il corso della *prescrizione estintiva* dovrebbe sempre computarsi *dal giorno della immissione in possesso provvisorio*, e ragionò così:

" Gli altri parenti, che pretendono d'essere i più pros-
" simi eredi dell'assente al tempo delle ultime sue notizie,
" esercitano *una specie di azione in petizione di eredità*. Or
" quest'azione non dura che trent'anni, a partire dal giorno
" in cui si è aperta (art. 2262 — 2135, cod. It. —); e
" *poichè essi hanno potuto agire cominciando dal giorno in*
" *cui altri parenti ottennero a loro pregiudizio l'immissione*
" *provvisoria, ne segue dunque che la loro azione debba essere*
" *prescritta quando siano compiuti trent'anni contando da*
" *questo giorno* „.

---

(1) V. sopra, n. 137, p. 469-475.

Ma di questo ragionamento sembrandoci inesatte le premesse, non ne crediamo accettabile la conclusione. Si afferma che l'azione esercitata contro gl'immessi in possesso, da coloro che si pretendano preferibili a quelli, sia *una specie di petizione d'eredità*, e ciò non è altro che una applicazione della teoria secondo cui si considera come verificato in virtù della dichiarazione d'assenza un *provvisorio aprimento della successione dell'assente;* la quale teoria però ci parve non potesse essere accolta (1). D'altronde, ammettendo che si trattasse *d'una specie di azione in petizione di eredità*, la cui prescrizione decorrerebbe quindi *dal giorno in cui si reputasse aperta la successione*, questo giorno non potrebbe essere che quello a cui risalisse l'ultima notizia di esistenza dell'assente, perchè non ve n'è altro a cui possa riferirsi l'asserita *presunzione della morte* di lui. Si osserva però ancora, che l'azione dei più prossimi congiunti dell'assente, contro i più remoti, che abbiano indebitamente conseguita la immissione in possesso temporaneo, non può essere divenuta esercibile fuorchè dal giorno di questa immissione stessa, e quindi da esso soltanto ha potuto decorrere la prescrizione estintiva di tale azione. Ma si dimentica che codesta azione dipende necessariamente dal diritto accordato dall'art. 26 § 2°, di chiedere la immissione temporanea. L'escludere altri dal possesso che abbia ottenuto, o l'ottenerlo congiuntamente a lui, non è nè può essere che conseguenza del diritto prevalente od eguale che a quel possesso si abbia; e se per prescrizione siasi perduto il diritto alla immissione in possesso, deve pur cessare per inevitabile conseguenza anche l'azione per ottenere quella esclusione del possessore, o quella compartecipazione con lui. Ora, l'azione dei più prossimi successibili dell'assente, per ottenere l'immissione in possesso temporaneo dei di lui beni, ha cominciato ad essere esercibile, non dal giorno in cui altri siasi fatto

(1) V. sopra, n. 136, p. 464-468.

indebitamente immettere in possesso, ma fin da quello nel quale era divenuta efficace per tale effetto la sentenza dichiarativa dell'assenza. Dunque da quello stesso giorno ha dovuto cominciare a decorrere la prescrizione trentennaria; col compimento della quale essendosi perduto il diritto alla immissione in possesso, ha pur dovuto cessare l'azione per escludere altri dal possesso medesimo, o parteciparvi.

Si obbietterà forse ancora che le azioni di rivendicazione non si estinguono per prescrizione direttamente, ma solo indirettamente, per effetto dell'*usucapione*, la quale siasi compiuta in favore di altri? Ma qui non si tratta veramente d'un'*azione di rivendicazione*. Questa non può essere esercitata che da chi vanti diritto di proprietà sulla cosa che rivendica (art. 439, cod. civ.); mentre non è a titolo di proprietà che agisca chi vuol escludere dal possesso colui che l'ottenne, come non è a titolo di proprietà che questi possieda. Qui si tratta unicamente del diritto, conceduto dall'art. 26 § 2°, agli eredi testamentari dell'assente, e in loro mancanza a quelli che ne sarebbero stati eredi legittimi s'egli fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza; diritto che per necessità si esercita mediante azione contro coloro che siano stati indebitamente immessi nel possesso dei beni, com'è disposto espressamente nell'art. 32 del codice civile. Se quegli, a cui tale diritto competeva, ha trascurato di esercitarlo per trent'anni, partendo dal giorno in cui l'avrebbe potuto, a norma del precitato art. 26 § 2°, rimane estinto per prescrizione il diritto medesimo, e con esso l'azione conseguente per escludere dal possesso chi l'aveva indebitamente ottenuto.

Ecco le ragioni per le quali crediamo preferibile a quella degli altri autori l'opinione del *Marcadé:* adottando la quale, la prescrizione trentennaria presenta sempre un interesse effettivo per gl'immessi in possesso temporaneo, perchè questi si liberano da ogni possibile molestia d'altri pretendenti prima che sia trascorso un trentennio del loro

possesso, correndo sempre un intervallo tra la dichiarazione d'assenza e l'immissione predetta. All'opposto, adottando l'opinione comune, che la prescrizione dell'azione conceduta dall'art. 32 decorresse soltanto *dalla pronunzia dell'immissione in possesso*, quella prescrizione rimarrebbe nel maggior numero dei casi senza utilità reale; perchè trascorso il trentennio d'immissione temporanea si fa luogo alla immissione nel possesso definitivo, e pronunciata questa, non vi è più luogo ad agire — almeno secondo l'opinione nostra — contro i possessori, se non provando la morte dell'assente, ed esercitando quindi l'azione contemplata nell'art. 41. L'utilità di quella prescrizione si limiterebbe pertanto ai pochi casi, nei quali, passati i 30 anni di possesso temporaneo, i possessori avessero indugiato a chiedere la immissione definitiva.

Un'avvertenza è però necessaria. Il codice Francese non richiedeva la decorrenza di alcun termine, dopo pronunciata la sentenza definitiva dichiarante l'assenza, per far luogo all'immissione in possesso temporaneo; ed era quindi giusto il ritenere che la prescrizione trentennaria decorresse *dalla dichiarazione d'assenza*. Ma il codice Italiano avendo invece stabilito nell'art. 26 che solo *dopo trascorsi sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza che dichiara l'assenza*, si possa dagli aventi diritto domandare al tribunale la immissione nel possesso temporaneo dei beni, sarà dunque soltanto dallo spirare di quel termine, che dovrà computarsi la prescrizione estintiva della corrispondente azione contro coloro che nel possesso medesimo fossero stati indebitamente immessi.

Non è senza qualche importanza il notare da ultimo la differenza che corre, anche in questo particolare rapporto della prescrizione estintiva, tra l'azione conceduta dall'articolo 32 a chi abbia un diritto prevalente od eguale a quello del possessore, per escluderlo dal possesso o farvisi associare, e l'azione che, provato il vero tempo della morte dell'assente, spetta, secondo l'art. 34, a coloro che in quel

tempo erano suoi eredi legittimi, per rivendicare, come tali, i beni lasciati dall'assente medesimo. La prima di dette azioni non ha per oggetto che il solo possesso temporaneo dei beni dell'assente, e tende unicamente a togliere quel possesso a chi ne sia indebitamente investito, per trasferirlo a chi vi ha veramente diritto; ma l'assenza e il possesso provvisionale continuano. L'altra azione invece ha per oggetto il dominio dei beni, e tende a reclamare la successione in favore del vero erede; perchè, essendo provata la morte dell'assente, è cessata l'assenza con tutti i suoi effetti, e si è fatto luogo al vero aprimento della successione. Corrispondentemente la prescrizione della prima di queste azioni si conta, come abbiamo detto, partendo dal giorno in cui si è cominciato a poter chiedere la immissione in possesso temporaneo; la prescrizione della seconda invece non può cominciare da altro giorno che da quello della reale apertura della successione, da quello cioè in cui si provi essere avvenuta la morte dell'assente.

228. — Gli effetti, che derivano dall'esercizio dell'azione contemplata nell'art. 32 del codice civile, sono diversi secondochè gli attori provino di avere avuto, al tempo da cui partiva la presunzione di assenza, un diritto *prevalente*, od un diritto soltanto *eguale* a quello dei possessori. Nel primo caso — com'è espresso nel medesimo articolo — gli attori *escludono dal possesso i convenuti;* nel secondo *si fanno associare ad essi.*

L'*esclusione dal possesso*, dipendendo dall'essere provato che coloro ai quali esso era stato attribuito non vi avevano in realtà alcun diritto, perchè al tempo da cui partiva la presunzione d'assenza spettava agli attori un diritto prevalente per la successione, deve per regola generale avere effetto retroattivo, nel senso di far considerare legalmente come non avuta mai la immissione in possesso da coloro che indebitamente l'avevano conseguita. Diciamo

doversi questa ritenere come regola generale, perchè, come vedremo nel numero seguente, una eccezione è fatta nella disposizione finale dello stesso art. 32, relativamente ai frutti percetti *anteriormente alla domanda giudiziale*, i quali possono essere ritenuti a loro profitto, in tutto od in parte secondo i casi, da coloro in favore dei quali era stata erroneamente pronunziata l'immissione in possesso. Ma la retroattività di effetto dell'azione esercitata deve intendersi altresì nel senso che l'attore possa ormai giovarsi dei vantaggi annessi al possesso, anche pel tempo durante il quale esso fu tenuto da altri che vi erano stati indebitamente immessi? E specialmente, quando poi si tratti di far pronunciare, a norma dell'art. 36, la immissione in possesso definitivo, i *trent'anni*, pei quali deve aver continuato l'assenza dopo la immissione nel possesso temporaneo, saranno da computarsi dal giorno in cui questa fu pronunciata primitivamente, o dal giorno in cui subentrarono nella immissione i nuovi possessori, escludendo i precedenti? Non vorremmo generalizzare soverchiamente: e in teoria sembra certo che i nuovi possessori non possano pretendere di unire, per gli effetti utili, al loro possesso quello che è stato esercitato, non da persone alle quali essi siano succeduti come eredi od aventi causa, ma da persone che anzi possedevano in opposizione ai diritti loro. Però, per quanto riguarda la decorrenza dei trenta anni, dopo i quali si può, a termini dell'art. 36, domandare la immissione in possesso definitivo, crediamo che debbano sempre computarsi dal giorno in cui abbia avuto luogo la immissione in possesso temporaneo, ancorchè coloro, i quali prima l'ottennero, siano stati poi esclusi da altri, che abbiano dimostrato di avere un diritto prevalente. L'espressione dell'art. 36 è chiara ed assoluta. Per potersi pronunziare la immissione nel possesso definitivo, occorre che *l'assenza sia stata continuata per lo spazio di trent'anni dopo la immissione nel possesso temporaneo;* non già che *coloro, i quali invochino la immissione definitiva,*

abbiano esercitato per trent'anni il possesso temporaneo. D'altronde i motivi giustificanti l'immissione definitiva consistono nel lungo tempo trascorso dopo la dichiarazione d'assenza, susseguita dall'immissione provvisoria di coloro che si presumevano eredi dell'assente nel possesso dei beni di lui; nella convenienza di non prolungare indefinitamente uno stato di cose provvisorio e imperfetto — come potrebbe avvenire per la continuata mancanza di qualsiasi notizia, sia della vita che della morte dell'assente — nell'opportunità di dare una maggiore stabilità all'esercizio delle ragioni dei presunti eredi, e di restituire al libero commercio i beni. Or, tutti questi motivi concorrono pel solo fatto che l'assenza abbia continuato per lo spazio di trent'anni dopo la immissione nel possesso temporaneo, ancorchè non siano le stesse persone chiedenti l'immissione definitiva, che abbiano per l'intero trentennio posseduti i beni dell'assente, ma nel possesso siano state da principio immesse persone, le quali più tardi siano state escluse da altre, provando di avere diritti prevalenti a quelli vantati dalle prime. Con una massima diversa si arriverebbe a questa conseguenza, che qualora l'azione contemplata dall'art. 32 del codice civile fosse stata esercitata in tempo prossimo allo spirare del trentennio computato dal giorno, nel quale, a norma dell'articolo 26 § 2°, sarebbesi fatto luogo a domandare la immissione in possesso, dovessero passare non meno di 60 anni, prima di poter chiedere la immissione definitiva; ciò che sarebbe una enormità, lontana evidentemente dalla intenzione del legislatore.

Dal principio che gli immessi in possesso, esclusi da altri aventi diritto prevalente, siano da considerarsi non aver mai legalmente conseguita la immissione, deriva che essi debbano immediatamente restituire i beni indebitamente posseduti, rendendo conto della loro gestione, e risarcendo i danni che per loro fatto o colpa avessero cagionati. E quanto alla restituzione dei beni, non si può

dubitare ch'essa dev'essere fatta ai nuovi possessori dagli esclusi, nello stesso modo e cogli identici obblighi che avrebbero verso l'assente medesimo, qualora fosse ricomparso. Nel chiedere l'adempimento di tutto ciò, i nuovi possessori agiscono legittimamente in rappresentanza dell'assente, e quali amministratori per lui, e nel medesimo tempo esercitano anche ragioni proprie, derivanti dall'immissione in possesso, che hanno ottenuta in virtù della sentenza, colla quale fu riconosciuta l'esistenza in loro favore di diritti prevalenti. Rimane riservato ciò che riguarda le rendite percette dai possessori esclusi; intorno alle quali vedremo appresso entro quali limiti sia stato ristretto dalla legge l'obbligo della restituzione.

Ma, per quanto concerne l'obbligo di render conto della gestione esercitata, e la responsabilità pei danni che avessero arrecati ai beni, non potrebbero gli spossessati pretendere di esserne tenuti soltanto verso l'assente stesso, qualora ricomparisse, o verso coloro che, provato il tempo della morte dell'assente, fossero i veri eredi di lui, e non verso gli eredi presunti al tempo da cui parte la presunzione d'assenza? Non sembra che ciò sia sostenibile. Innanzi tutto, non potendosi disconoscere l'obbligo verso l'assente, di coloro che ne hanno indebitamente posseduti ed amministrati i beni. di rendergli conto della loro gestione, e di reintegrarne il patrimonio, rispondendo dei danni che da loro fatto o colpa fossero provenuti, non si può nemmeno negare ai legittimi possessori di esercitare in nome dell'assente stesso queste ragioni di lui, conformemente alla massima generale scritta nell'articolo 28 del codice civile. In secondo luogo, è pure un diritto proprio di coloro che ottennero da ultimo la legittima immissione nel possesso dei beni, di estenderla all'intiero patrimonio come spetta all'assente, compresevi quindi quelle reintegrazioni che dagli anteriori possessori siano dovute. Infine, se si ammettesse che gli spossessati avessero ragione di rifiutarsi a render conto della loro gestione ai

nuovi possessori, e soddisfare in loro mani il risarcimento dei danni, dei quali fossero responsabili, potrebbe avvenire che tali obbligazioni rimanessero inadempite, qualora l'assente non ricomparisse, nè si ottenessero mai notizie certe della vita o della morte di lui. Ad ogni modo, queste obbligazioni incombenti agli illegittimi possessori non rimarrebbero più assicurate dalla cauzione prescritta dall'art. 26 § 4°, non potendosi obbligare chi avesse prestata fideiussione a rimanere vincolato dopo che non esistesse più quella immissione in possesso, in vista della quale aveva consentito a garantire.

A chi, durante il possesso temporaneo, provi di avere avuto, al tempo da cui parte la presunzione d'assenza, un diritto, non prevalente, ma *eguale a quello del possessore*, l'art. 32 del codice civile accorda di *farvisi associare*, ossia di *comparteciparvi*, com'è proprio appunto di chi abbia al possesso diritto pari, insieme a chi vi sia stato anteriormente immesso.

Questa espressione, identica a quella ch'era stata usata nell'art. 92 del codice Albertino, è stata commentata nel modo seguente:

" Diritto *uguale* è certamente quello che ha lo stesso " carattere e la stessa ragione di essere. Suppongo un " altro erede legittimo, un fratello, un cugino nello stesso " grado verso l'assente. La legge non accenna che all'*as-* " *sociazione*. Quella divisione, adunque, che può farsi al- " l'ingresso del giudizio, e che deve considerarsi, quando " sia possibile, un buon sistema per distinguere la respon- " sabilità, dopo un certo tempo non sarebbe più permessa; " il nuovo petente sarebbe *associato*, e il possesso sarebbe " ritenuto *pro indiviso*. È un precetto della legge rigoroso, " imprescindibile? Non crederei, quando si trovasse con- " veniente di *assegnare fondi distinti*, potendo l'*associazione* " ritenersi un modo, anzichè un sistema necessario „ (1).

(1) V. Borsari, *Commentario*, art. 32, vol. I, § 164, n. 238.

Ma, in tutto questo discorso, ci sembra di scorgere una inesatta applicazione dei principii, ed una imperfetta interpretazione del testo. Allorchè contro persone già immesse nel possesso temporaneo dei beni di un assente agiscono altre, allegando di avere avuto al tempo da cui parte la presunzione d'assenza diritti uguali a quelli dei possessori, la domanda degli attori e la pronunzia del tribunale non possono avere altro oggetto che *la immissione degli attori nel possesso temporaneo congiuntamente ai convenuti*. Tale appunto, e non altro, è il significato di quelle parole dell'art. 32 “ *farvisi associare* „ ed è erroneo l'interpretarle nel senso che debbasi rendere obbligatorio l'esercizio del possesso *pro indiviso*. Come vedemmo a suo luogo, non è mai vietato a coloro che siano immessi insieme nel possesso temporaneo dei beni di un assente, di stabilire convenzionalmente, ed anche di chiedere giudizialmente contro i compossessori, che non prestino il loro consenso, la divisione provvisoria del patrimonio, pei soli effetti però del possesso, dell'amministrazione e del godimento, che spettano a ciascuno dei compartecipanti (1). Nè l'art. 32 vieta certamente che possa farsi altrettanto, solo perchè le persone aventi diritto ad essere immesse in possesso congiuntamente, invece di ottenerlo con una sola pronunzia dell'autorità giudiziaria, l'abbiano conseguito in diversi tempi, agendo le une contro le altre; nè una tale circostanza avrebbe invero potuto dare alcun fondato motivo per fare una simile eccezione al principio generale. Ma ciò che sembra assolutamente inammissibile è il concetto sostenuto dal *Borsari*, che il tribunale, dovendo far ragione alla domanda degli attori, i quali provino di avere avuti, al tempo da cui parte la presunzione d'assenza, diritti uguali a quelli delle altre persone che anteriormente a loro ottennero la immissione in possesso, abbia però facoltà di assegnare *d'ufficio*, qualora lo riconosca

---

(1) V. sopra, n. 187, p. 814, ss.

conveniente, alcuni determinati beni dell'assente agli attori medesimi, lasciando gli altri beni, di valore giustamente proporzionato alle rispettive quote, ciò ben s'intende, ai possessori anteriori.

“ Se — dice egli in nota — un solo erede si presentò a “ domandare il possesso di dieci tenute, e viene un altro “ erede legittimo di ugual grado; sarà assai meglio asse- “ gnare cinque tenute a ciascuno, che associarli in un “ possesso comune „.

Ma di ciò che meglio convenga al loro interesse particolare, è agli stessi compartecipanti nella immissione in possesso che spetta l'occuparsi. Ed essi possono convenire per una divisione di possesso; o se non si accordano, ciascuno di loro può chiederla giudizialmente. Ma, se essi non lo fanno, non può esser lecito al tribunale il convertire di propria autorità in un assegno del possesso di beni determinati il diritto, che spetta a tutti coloro i quali, supponendo avvenuta la morte dell'assente nel giorno della sua scomparsa e delle ultime sue notizie, sarebbero stati chiamati concorrentemente alla successione di lui, di partecipare in ragione della rispettiva quota alla immissione in possesso di tutti e singoli i beni costituenti il patrimonio dell'assente.

229. — Secondo l'art. 32, che già abbiamo riferito testualmente, chi agisce contro gli immessi in possesso temporaneo, producendo le prove di aver avuto, al tempo da cui parte la presunzione d'assenza, un diritto prevalente od uguale a quello di loro, può bensì escluderli dal possesso, o farvisi associare, ma non ha diritto ai frutti, se non “ dal giorno della domanda giudiziale „.

Il corrispondente articolo 92 del codice Albertino era espresso in diversa forma; essendovi detto che l'attore “ non avrà diritto ai frutti *acquistati in virtù dell'art.* 90 “ — al quale corrispondono gli articoli 30 e 31 del codice “ attuale — se non dal giorno della domanda giudiziale „.

Era stata cangiata in questo modo la primitiva redazione del progetto, che diceva “ non avrà diritto ai “ *frutti percetti anteriormente alla domanda fatta in giu-* “ *dizio* „, alla quale dizione si è conformato sostanzialmente il codice Italiano. E i motivi della modificazione risultarono dalle discussioni che furono fatte a tale proposito. Era stato osservato dal Senato di Savoia che convenisse risolvere il dubbio, se chi agisse contro gli immessi in possesso temporaneo, per escluderli, o partecipare insieme a loro al possesso medesimo, potesse obbligarli a restituire anche quella parte di rendite che, a norma di legge, avrebbero dovuto tenere in serbo per l'assente; e quindi il Senato medesimo aveva proposto, o di dichiarare che gli attori non avessero diritto *nemmeno alla porzione dei frutti* riservata *all'assente in virtù dell'art.* 90, o all'opposto, di soggiungere, dopo la parola *frutti*, le altre “ *acqui-* “ *stati in virtù dell'art.* 90 „. Si impegnò intorno a questo punto una vivace discussione.

Sostenevano alcuni, non doversi obbligare i primitivi possessori a restituire a quelli, che agissero contro di loro, la parte di rendite riservate all'assente. Argomentavano da ciò, che i rapporti concernenti tale restituzione fossero da riguardarsi come ristretti tra l'assente e chi avesse esercitato di fatto il possesso dei di lui beni; che i nuovi possessori dovessero imputare a se stessi di non essersi presentati prima; che l'accordare loro il diritto di reclamare le rendite riservate all'assente potesse esser cagione di spese talvolta superiori all'entità dell'oggetto, pel rendiconto che sarebbesi reso necessario.

Osservavano altri, in senso contrario, i frutti riservati all'assente non trovarsi presso i possessori primitivi che a semplice titolo di deposito; cessare ogni ragione per conservare questo, rispetto a coloro ai quali fosse tolto il possesso dei beni; all'opposto avere titolo legale per esercitare tale deposito coloro, in favore dei quali fosse riconosciuto essere esistito, fin dal momento in cui cominciò la presun-

zione d'assenza, il diritto alla immissione in possesso; essere conforme a ragione ed all'interesse dell'assente stesso, che le rendite a lui riservate stiano tutte presso quelle persone, le quali, possedendo legalmente, sono anche tenute a prestare idonea cauzione. Per queste considerazioni vinse il partito di aggiungere, nell'art. 92 del codice Albertino, alla parola " *frutti* ", le altre " *acquistati* " *in virtù dell'art.* 90 "; volendosi con ciò esprimere in sostanza il concetto, che solo pei frutti attribuiti dalla legge ai possessori provvisionali valesse la regola che il nuovo possessore non potesse reclamare se non quelli *percetti posteriormente alla domanda sua giudiziale*, ma all'opposto le rendite, che fossero, a tenor di legge, da riservarsi per l'assente, dovessero tutte essere consegnate dai possessori evinti ai nuovi, quand'anche fossero state percette anteriormente alla istanza predetta.

La formola adottata nella disposizione finale del nostro art. 32 contiene realmente due regole: l'una esplicita e negativa, colla quale si esclude che chi agisce per sostituirsi ad altri nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, o per parteciparvi, possa richiedere i frutti prodotti dai beni formanti oggetto dell'azione, qualora tali frutti siano stati percetti dai possessori convenuti, anteriormente alla domanda giudiziale; l'altra implicita, ma positiva, consistente nell'attribuire al contrario all'attore il diritto di richiedere la totalità, od una quota parte corrispondente al proprio diritto, di quei frutti che siano stati percetti posteriormente alla domanda giudiziale.

Di ambedue queste regole si comprendono facilmente i motivi. Veramente ci parve adottata dal legislatore italiano la massima, che gli immessi in possesso temporaneo dei beni dell'assente, come eredi testamentari o veri eredi legittimi di lui nel tempo a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza, abbiano diritto a far proprie in tutto, od in parte secondo i casi, le rendite di quei beni, non solo se percette posteriormente alla loro immissione in

possesso, ma anche prima e fin dal giorno in cui cominciò la presunzione d'assenza (1). Da ciò dovrebbe seguire, a rigore, che qualora, dopo l'immissione temporanea, altri provasse non spettare il diritto del possesso alle persone che l'avessero ottenuta, avesse a scomparire per ciò stesso retroattivamente rispetto a queste anche il diritto alle rendite, e di tale diritto fosse da reputarsi investito con pari retroattività l'attore, il quale perciò potesse reclamare anche i frutti percetti, risalendo fino al giorno in cui cominciò la presunzione d'assenza.

Se non che, non potevasi d'altro lato dimenticare che l'attribuzione delle rendite agli immessi in possesso temporaneo costituisce per loro anche un compenso alle cure ed alla responsabilità dell'amministrazione, ed uno stimolo ad assumerla (2); e se l'amministrazione è stata di fatto presso una persona, quantunque un'altra vi avesse diritto a preferenza di lei, se quindi questa persona ha avuto realmente le cure e la responsabilità della gestione, non sarebbe equo toglierle quel compenso in vista del quale si indusse, forse in piena buona fede, ad assumere una posizione non scevra di impegni e di pericoli. Neppure potevasi dimenticare che nell'attribuire ai possessori provvisionali la totalità od una quota parte delle rendite dei beni dell'assente si ebbero in considerazione i pericoli, che altrimenti s'incontrerebbero, di far grave danno e preparare rovina alle famiglie dei possessori predetti, e di tendere una specie di insidia alla loro buona fede, esponendoli a dover rendere, dopo un lungo corso di tempo, la totalità delle rendite, che avessero percette, all'assente del quale si verificasse inaspettatamente il ritorno. Ora, pericoli non dissimili si sarebbero affrontati, se chi in buona fede avesse chiesto ed ottenuto il possesso temporaneo dei beni dell'assente, potesse essere costretto a restituire

(1) V. sopra, n. 171, p. 702-709.
(2) V. sopra, n. 194, p. 876-878.

a colui, che dopo molti anni si presentasse come avente un diritto prevalente od eguale, tutto il cumulo delle rendite, che a tenore di legge egli credeva di aver diritto a ritenere, e che quindi potrebbe aver consumate per sè e per la propria famiglia.

Ma quando venga promossa l'azione per escludere il possessore, o partecipare seco al possesso, cessa ogni presumibile buona fede di lui, nè gli può più essere lecito, col contraddire alla giusta domanda dell'attore, di conservare a proprio vantaggio il godimento delle rendite, le quali debbono spettare a chi abbia veramente diritto all'immissione in possesso.

Dal giorno della domanda giudiziale ha dunque diritto ai frutti chi reclama il possesso per diritto prevalente od eguale a quello delle persone in cui favore era stata pronunciata la immissione; ed è questa la regola implicita, ma positiva, che notammo contenersi nella disposizione finale dell'art. 32. *Ha diritto ai frutti*, senza distinzione, senza limitazione veruna; ciò risulta dal testo dell'articolo stesso, ed è d'altra parte perfettamente conforme a ragione. Per qual titolo mai potrebbero ritenere qualche parte dei frutti, dopo il giorno in cui furono posti in mora a restituire i beni dell'assente, coloro a carico dei quali è provato che indebitamente ottennero il possesso dovuto invece all'attore? Così non è dubbio che i frutti percetti dopo la domanda giudiziale debbono essere restituiti tutti dagli immessi in possesso temporaneo a chi provi di aver avuto, al tempo in cui cominciò la presunzione d'assenza, un diritto prevalente a quello dei possessori stessi, ancorchè questi fossero tenuti, a tenore dell'art. 31, a riservare una parte di quei frutti per l'assente.

Incomberà poi ai possessori nuovi l'obbligo di questa riserva, secondo il grado di parentela collaterale in cui si trovino coll'assente, e secondo il tempo pel quale abbia durato l'assenza, a norma delle distinzioni stabilite nel detto art. 31; e qualora i nuovi possessori stessi fossero

tra i congiunti contemplati nell'art. 30, *riterrebbero a loro profitto la totalità delle rendite*, cominciando dal detto giorno della domanda giudiziale.

L'altra regola *negativa*, ma risultante esplicitamente dal testo dell'art. 32, è che *ai frutti percetti anteriormente alla domanda giudiziale non ha diritto* chi agisce per escludere gli immessi nel possesso, o per partecipare a questo, ancorchè veramente provi di avere diritti prevalenti od eguali a quelli di loro. Questa proposizione però lascia luogo ancora a diverse domande:

1° Non avendo l'attore diritto a quei frutti, rimarranno essi a profitto di chi li ha percepiti, o spetteranno all'assente e dovranno andare ad aumento della sostanza capitale di lui?

2° Dato che al possessore evinto rimangano, di regola, quei frutti da lui percepiti anteriormente alla domanda giudiziale, che, in virtù degli articoli 30 e 31, avrebbe avuto diritto di ritenere a proprio profitto, sarà ciò da ritenersi subordinato alla condizione della *buona fede* di lui, di guisa che, qualora abbia conosciuto il diritto prevalente od eguale, che spettava all'attore, sia tenuto a rendergli i frutti?

3° Quella parte di frutti, che il possessore convenuto avrebbe dovuto, per la disposizione dell'art. 31, riservare a profitto dell'assente, dovranno essere consegnati all'attore vincente, o rimarranno presso il possessore soccombente, coll'obbligo di renderli all'assente medesimo nel caso che ritorni o venga provata la sua esistenza?

4° Nel caso speciale che il possessore convenuto avesse dovuto, a tenore dell'art. 31, riservare una parte delle rendite, mentre l'attore avesse diritto, per l'art. 30, a ritenerle totalmente a proprio profitto, rimarrebbe quella parte di rendite riservata tuttora a benefizio dell'assente, o diverrebbe libera a vantaggio del nuovo possessore?

Non occorrerà lungo discorso per rispondere alla prima questione. È vero che l'art. 32 si limita a dichiarare che

chi agisce per escludere altri dal possesso, o farvisi associare, non ha diritto ai frutti percepiti prima della domanda giudiziale; senza che sia determinato poi se il diritto a quei frutti spetti al possessore evinto, o debba far parte del patrimonio dell'assente. Ma poichè il negarsi ai veri aventi diritto al possesso dei beni, di poter chiedere quei frutti percetti anteriormente alla domanda giudiziale, dipende — come vedemmo sopra — da riguardi di cui furono riconosciuti meritevoli i possessori evinti, perchè esercitarono di fatto l'amministrazione assumendone la responsabilità, e perchè, di fronte alla buona fede in cui essi agirono, non sarebbe equo l'esporli a rovina obbligandoli a restituire il cumulo delle rendite che avessero percette e consumate; è chiaro adunque che codeste rendite debbono appartenere a loro. D'altra parte, se le rendite venissero attribuite all'assente, e portate ad aumento della sostanza capitale del suo patrimonio, egli approfitterebbe della circostanza, affatto estranea a lui ed alla sua condizione giuridica, che essendosi fatto luogo alla immissione temporanea dei suoi presunti eredi nel possesso dei beni, questo possesso fosse stato assunto da chi mancava di tale qualità, a danno di chi veramente vi avrebbe avuto diritto; nel che non potrebbe trovarsi alcun fondamento di ragione. I frutti percetti anteriormente alla domanda giudiziale, ai quali non ha diritto chi agisce per escludere dal possesso le persone che l'hanno indebitamente ottenuto, sono dunque da ritenersi a profitto dei possessori stessi.

Ma questa massima dovrà applicarsi non ostante che gli spossessati siano stati in *mala fede*, avendo conosciuto il diritto prevalente od uguale che spettava a chi poi ha agito in giudizio contro di loro? Veramente non vi è parola nella legge, che accenni alla condizione della *buona fede*. Certo è pure che l'attribuzione ai possessori, dei frutti che abbiano percetti prima della domanda giudiziale promossa contro di loro, non potrebbe farsi dipendere dalla regola stabilita nell'art. 703 del codice civile, perchè non potreb-

bero essi considerarsi come *possessori di buona fede* nel senso indicato dall'art. 701, mentre non possiedono *come proprietari, in forza d'un titolo abile a trasferire il dominio, del quale titolo ignorino i vizi.* Tuttavia, poichè uno dei principali motivi, pei quali si negò ai veri presunti eredi dell'assente di poter chiedere a coloro che indebitamente furono immessi nel possesso dei beni la restituzione delle rendite percette prima della domanda giudiziale, fu appunto di proteggere la loro buona fede, non esponendoli a rendere conto di rendite arretrate, delle quali approfittarono reputando di avervi diritto, pensiamo che qualora all'opposto fosse provata la mala fede dei possessori, ai quali fosse stato noto il diritto prevalente od eguale spettante ad altri, non potessero essi invocare il beneficio dell'art. 32, e potessero essere costretti a restituire a coloro, che avevano veramente diritto alla immissione in possesso, anche i frutti percetti anteriormente alla domanda giudiziale.

Più gravi sono le altre due questioni che abbiamo proposte.

Si suppone che gl'immessi nel possesso siano di quelli che in forza del disposto dell'art. 31 debbano riservare per l'assente una parte delle rendite dei beni di lui. Questa parte, da essi percetta prima che fosse contro di loro proposta la domanda giudiziale di chi poi provi di avere un diritto prevalente od eguale a quello di loro, dovranno essi renderla all'attore, o potranno ritenerla, per restituirla al solo assente, od a chi lo rappresenti, quando egli ricomparisca, o sia provata la sua esistenza?

Il codice Albertino, come già notammo, aveva risolta la questione col dichiarare nell'art. 92 che *i soli frutti acquistati in virtù dell'art.* 90 dai possessori anteriormente alla domanda giudiziale, non andavano soggetti al diritto di chi provasse di avere ragioni prevalenti od eguali a quelle vantate dai possessori stessi; talchè s'intendeva chiaramente che i frutti tenuti da quei possessori con obbligo di restituirli dovevano essere consegnati ai vincenti, non

ostante che fossero stati percetti prima della introduzione del giudizio.

Autorevoli commentatori del codice Italiano ritennero che non ostante la mutata forma dell'art. 32 fosse da seguirsi la stessa massima (1).

Ad un altro scrittore parve infondata questa opinione, e senza molto occuparsi di discuterla, si limitò a dire: " Per me la legge è chiara; essa non riguarda che il fu- " turo, e *i frutti che vanno a raccogliersi dopo la domanda* " *giudiziale*. Non converrei pertanto che si potesse mole- " stare l'antico possessore per costringerlo a passare il " deposito nelle mani del nuovo possessore. Gravi sono le " ragioni che mi persuadono: 1ª Il testo nella sua chia- " rezza; 2ª La regola speciale a questa materia, non con- " cedersi azione pei frutti maturati e raccolti in tempo " anteriore al proprio possesso; 3ª Il possessore anteriore, " per tutto il tempo del suo possesso, è direttamente respon- " sabile verso l'assente, sia per la conservazione dei beni, " che per la riserva dei frutti; 4ª Entrato l'ultimo periodo, " cessa l'obbligo di restituire qualsiasi parte dei frutti; " perchè adunque si dovrebbe trasmettere al possessore " nuovo quel valore che molto probabilmente resterà a " favore dell'antico? " (2).

Il testo è chiaro — dice il *Borsari* — ed al nuovo possessore dà diritto soltanto pei frutti percetti posteriormente alla domanda giudiziale. Siamo d'accordo, nè si potrebbe non esserlo: ma ciò significa semplicemente che la legge nulla dispone espressamente in riguardo alla destinazione dei frutti percetti prima di quella domanda, non già ch'essi debbano rimanere in mani di coloro che l'autorità giudiziaria riconosca e dichiari non avere alcun diritto al possesso dei beni dell'assente. La questione pertanto, per ciò che concerne il testo della legge, rimane insoluta. Ma,

(1) V. Astengo ed altri, *Cod. civ. confrontato*, ecc., art. 32, § 2, vol. I, p. 315-317.

(2) V. Borsari, *Commentario*, art. 32, vol. I, § 164, p. 238.

soggiunge l'autore, chiunque ottenga l'immissione in possesso non può mai acquistare se non i frutti che percepisca dopo. Veramente questa proposizione non sarebbe conforme a ciò che ritenemmo essere nell'intenzione del nostro legislatore; essendoci sembrato che pei termini espressi dell'art. 31 gl'immessi in possesso abbiano diritto a fare propria la parte di rendite che ivi è determinata secondo i diversi casi, od anche la totalità delle rendite stesse nelle ipotesi contemplate dall'ultimo paragrafo dello stesso articolo 31, e dal precedente art. 30, *partendo dal giorno in cui cominciò la presunzione di assenza*, non già da quello in cui la immissione in possesso siasi effettuata (1). Ma, quando pure si avesse ad accogliere l'opinione contraria professata dal *Borsari*, ci sembra chiaro che essa non potrebbe avere alcuna influenza nella disputa presente, in cui non si tratta, nè pei vecchi nè pei nuovi possessori, di far propria attualmente quella porzione di frutti dei beni dell'assente, ma di tenerli in riserva per renderli a lui stesso, qualora ricomparisse, od ai suoi legittimi rappresentanti, qualora fosse provata l'esistenza o la morte di lui.

Quanto all'affermazione, addotta come terzo argomento, che l'anteriore possessore debba, relativamente a tutto il tempo del suo possesso, anche dopo che ne sia stato privato, rispondere direttamente all'assente solo, tanto della conservazione dei beni, che dei frutti riservati a favore di lui, pare fin troppo chiaro che con essa si suppone già risolto quello appunto che è in questione. Si tratta di stabilire se lo spossessato debba rendere i frutti riservati per l'assente a chi provi di essere il vero presunto erede di lui al tempo da cui parte la presunzione di assenza; e si pretende di dimostrare la risoluzione della questione dicendo semplicemente, che lo spossessato ha da conservare i frutti, per renderli direttamente all'assente stesso qualora ricomparisca!

---

(1) V. sopra, n. 171, p. 705-709.

Finalmente, dal principio che quando subentri l'immissione definitiva alla temporanea, il possessore non ha più obbligo di restituire alcuna parte dei frutti, si vuole argomentare che lo spossessato abbia a conservare i frutti da esso percetti e riservati per l'assente, perchè quei frutti *rimarranno molto probabilmente allo stesso possessore antico*. Ma ci sembra manifesto l'equivoco che si contiene in questa argomentazione. Certamente, quando il possesso temporaneo si trasformasse in definitivo, colui che l'avesse ottenuto non potrebbe più essere obbligato ad alcuna restituzione di frutti (1). Ma l'immissione in possesso definitivo non potrà essere conseguita da colui che sia stato escluso dal possesso temporaneo, per azione promossa da chi abbia provato d'avere un diritto prevalente. Come si può dunque affermare che consegnando a questo ultimo le rendite riservate all'assente, l'antico possessore escluso *trasmetterebbe al nuovo un valore che molto probabilmente rimarrà a favore di quello?*

Da tutto ciò siamo indotti a conchiudere che le ragioni, dalle quali si dichiarò convinto il *Borsari*, non siano poi tanto gravi quanto parvero a lui. Reputiamo invece molto più chiare e decisive le ragioni che stanno in favore della opinione contraria.

Quando l'art. 32 stabilisce che chi esercita azione contro gli immessi in possesso temporaneo, per escluderli da esso, o comparteciparvi “ *non ha diritto ai frutti, se non dal giorno della domanda giudiziale* „ vuol riferirsi evidentemente a quel *diritto ai frutti*, del quale è parlato nei precedenti articoli 30 e 31, cioè al *diritto di ritenere a proprio vantaggio* la totalità od una quota parte delle rendite. Intorno a quella parte di frutti, che secondo l'art. 31 deve essere *riservata per l'assente*, l'art. 32 nulla dispone espressamente. Quanto ad essi è quindi unicamente ai principii generali di diritto, che fa d'uopo ricorrere per determinarne la sorte. Ora, di

(1) V. sopra, n. 208, p. 943-947.

queste *rendite riservate* rimane in sospeso l'attribuzione; che potrà secondo i casi spettare o all'assente, qualora entro i trent'anni ricomparisca o ne sia provata l'esistenza, od ai veri eredi di lui in relazione al tempo nel quale si provi esserne avvenuta la morte, se questa siasi verificata entro lo stesso termine del trentennio dal giorno dell'assenza, ovvero agl'immessi in possesso dopo che questo sia stato conceduto definitivamente, o in ogni caso trascorsi che siano i trent'anni di assenza presunta. Durante una tale sospensione circa l'attribuzione definitiva di quella parte delle rendite, non sembra possibile ammettere che esse abbiano a rimanere presso coloro appunto che l'autorità giudiziaria abbia riconosciuto e dichiarato non aver diritto al possesso dei beni, od almeno non averlo esclusivamente, e non debbano invece essere trasmesse a quelli che come veri presunti eredi dell'assente, al tempo della scomparsa o delle ultime notizie di lui, abbiano quel diritto di possesso. Dato che per una delle cause sopra ricordate si facesse luogo in seguito all'appropriazione di quelle rendite in favore dei possessori, qual titolo avrebbero per approfittarne coloro appunto, ai quali l'autorità giudiziaria avesse deciso non spettare alcun diritto sui beni dell'assente? E finchè rimane incerto a chi debbano in definitivo appartenere quelle rendite, quale ragione vi sarebbe per doverle ritenere precisamente quelli ai quali in nessun caso potrebbero esse spettare? Aggiungasi a ciò, che dovendo essere liberate le cauzioni allorchè per l'azione esercitata a norma dell'art. 32 venga tolta l'immissione in possesso temporaneo a coloro che l'avevano dapprima ottenuta, le rendite da essi percette e riservate all'assente rimarrebbero intanto in loro mani senza alcuna garanzia per la restituzione.

A noi sembra infine inconfutabile l'osservazione che nelle discussioni sul progetto del codice Albertino faceva a tale proposito la Commissione.

“ La parte dei frutti riservata all'assente — essa diceva —
“ non è, tra le mani di chi ha ottenuta la immissione in

" possesso, se non un deposito, che ritiene nella qualità di
" erede presunto dell'assente, e come suo rappresentante;
" ma, tosto che viene a presentarsi una persona avente
" maggiori diritti alla successione, cessa l'immissione in
" possesso, e non può quegli far uso di una rappresenta-
" zione che più non esiste, o per meglio dire che non ha
" mai esistito presso di lui: da un tale momento egli non ha
" più titolo per conservare il deposito della parte dei frutti
" riservati all'assente, che la legge vuol confidare ai pre-
" sunti eredi „.

Qualche ulteriore difficoltà può incontrarsi nella specialità del caso che supponemmo nella quarta questione. La riserva di parte delle rendite, alla quale erano tenuti i primi possessori, a norma dell'art. 31, non è obbligatoria per gli altri, che hanno esclusi quelli giovandosi dell'azione concessa dall'art. 32, perchè — lo supponiamo — i nuovi possessori sono tra le persone contemplate nell'art. 30, le quali hanno diritto di ritenere a loro profitto la totalità delle rendite. Non poniamo più in dubbio, dopo quanto dimostrammo superiormente, doversi consegnare ai nuovi possessori la parte di rendite che i precedenti erano obbligati a riservare. Ma domandiamo, se questa parte di rendite dovrà tuttora rimanere riservata per l'assente, giusta l'articolo 31, o se invece i nuovi possessori potranno ritenerla a loro profitto invocando la disposizione dell'art. 30? Se avessimo seguìta la massima insegnata da molti autori, che il diritto al godimento delle rendite non cominci che dal giorno della effettiva immissione nel possesso dei beni, riterremmo indubitabile che le rendite dovute riservare dai primi possessori, e da essi rese a quelli che loro subentrano, dovessero continuare ad essere riservate anche da questi ultimi per l'assente. Ma essendoci parso che secondo il codice Italiano il diritto alle rendite risalga sempre *al giorno in cui cominciò la presunzione di assenza* (1), crediamo

(1) V. sopra, n. 171, p. 705-709.

doverne seguire che anche quelle riservate dai precedenti possessori possano essere ritenute a loro profitto dai nuovi, qualora questi siano gli ascendenti, i discendenti o il coniuge, non tenuti, secondo l'art. 30, ad alcuna riserva di frutti in pro dell'assente. Qualunque sia il tempo in cui essi ottengano l'immissione in possesso, hanno diritto — secondo l'opinione nostra — a far proprie tutte le rendite prodotte dai beni dell'assente sino dal giorno da cui parte la presunzione di assenza. Se nel frattempo altri parenti ottennero l'immissione provvisoria, i quali, a norma dell'art. 31, acquistavano una parte delle rendite, questa parte rimane agli spossessati. per le ragioni che dimostrammo sopra. Ma di quella parte che i precedenti possessori non poterono far propria, perchè dunque non avrebbero ad approfittarne i possessori subentrati, se i loro diritti in riguardo alle rendite rimontano al giorno dell'assenza presunta? E con quale fondamento di ragione il fatto accidentale d'essere state immesse primitivamente in possesso persone che non vi avevano diritto, avrebbe a produrre per l'assente il vantaggio di conseguire rendite che i veri eredi presunti, posti più tardi in possesso. avevano diritto per la qualità loro di far proprie, sebbene percette anteriormente nell'intervallo che seguì la presunzione di assenza?

B

Causa speciale di cessazione relativa del possesso definitivo.

Sommario. — 230. Caratteri speciali dell'azione conceduta dalla legge ai figli ed ai discendenti dell'assente. contro altre persone che siano state immesse nel possesso definitivo dei beni di lui. — 231. Decorso di tempo pel quale può rimanere estinta l'azione predetta. — 232. Obbligazioni degl'immessi in possesso definitivo verso i figli od i discendenti dell'assente, che reclamino il possesso medesimo.

230. — Può verificarsi il caso che l'assente abbia prole, nata durante l'assenza nel luogo in cui egli erasi recato, l'esistenza della quale prole essendo rimasta sconosciuta nel luogo d'ultimo domicilio o d'ultima residenza

dell'assente medesimo, siano perciò stati immessi nel possesso dei beni gli ascendenti od i parenti collaterali di lui. Presentandosi i figli o i discendenti dell'assente, quali saranno i loro diritti verso gli ascendenti od i collaterali, che avevano ottenuta l'immissione in possesso definitivo? Tale è il quesito, a cui si volle rispondere colla disposizione dell'art. 40 del nostro codice civile. Se questa disposizione speciale non fosse stata adottata, se la questione dovesse risolversi colla rigorosa applicazione dei principii, ecco quale sarebbe la situazione giuridica.

Affinchè sia possibile l'esercizio di diritti da parte dei figli o discendenti dell'assente contro gli ascendenti o collaterali immessi nel possesso definitivo, bisogna innanzi tutto supporre che *non sia provata l'esistenza dell'assente;* giacchè, qualora si avesse questa prova, spetterebbe a lui solo — a tenore dell'art. 39 — di ricuperare i propri beni; nè i suoi figli o discendenti potrebbero agire, se non in veste di suoi rappresentanti, dimostrando cioè la qualità di procuratori che avesse loro conferita l'assente medesimo.

Supponendo invece che *fosse provata la morte dell'assente*, i figli o discendenti di lui agirebbero come suoi eredi, in virtù dell'art. 41, e quindi esercitando contro gl'immessi in possesso una vera azione in rivendicazione, a norma dell'art. 439, codice civile.

Ma può darsi pure che i figli o discendenti stessi ignorino se l'assente esista ancora, od almeno non abbiano in pronto i mezzi per provarne la morte. Quali diritti potrebbero essi allora esercitare, di fronte agli ascendenti od ai collaterali immessi nel possesso definitivo? Secondo il modo in cui parve a noi doversi intendere il nostro diritto positivo, nessuna azione potendo essere ammissibile per escludere dal possesso chi l'abbia ottenuto definitivamente, neppure i figli o discendenti avrebbero modo di ricuperare in questo caso i beni appartenuti al loro ascendente (1).

---

(1) V. sopra, n. 226, p. 1117-1120.

Ma, quand'anche si reputasse accettabile nel diritto nostro l'opinione professata da qualche interprete del codice Francese, che non fosse assolutamente da negarsi la possibilità di escludere qualche volta dal possesso coloro che l'avessero ottenuto definitivamente, provando di avere diritti prevalenti a quelli di loro; è certo almeno che ciò non potrebbe verificarsi se non in qualche raro caso, in cui la immissione definitiva fosse stata accordata agli ascendenti od ai collaterali per essere trascorsi *i cento anni dalla nascita dell'assente*, mentre se fosse invece stata concessa pel compimento dei *trent'anni dopo l'immissione temporanea*, si troverebbe per ciò stesso estinta colla prescrizione trentennale l'azione per domandare l'immissione in possesso in luogo di coloro che l'avevano ottenuta.

Ora, ciò non parve comportabile; parve troppo enorme che presentandosi i figli o i discendenti dell'assente, e non ostante la piena prova ch'essi somministrassero della filiazione, dovessero lasciare i beni del loro genitore o del loro ascendente in mano d'altri parenti, di collaterali forse in decimo grado.

Fu perciò che nell'art. 133 del codice Napoleone, riprodotto testualmente da quello delle Due Sicilie nell'art. 139, dal Parmense nell'art. 1065, dall'Albertino nell'art. 97, dall'Estense nell'art. 65, si accordò ai figli e discendenti dell'assente di poter ricuperare i beni di lui da chi ne avesse ottenuta l'immissione in possesso definitivo, entro il tempo di trent'anni da questa. E la stessa disposizione fu pure accolta dal nostro codice nell'art. 40, variando solo in qualche parte la forma della redazione nei termini seguenti:

" I figli e i discendenti dell'assente possono egualmente,
" entro i trent'anni dal giorno della immissione nel pos-
" sesso definitivo, far valere i diritti che loro competono
" sui beni dell'assente secondo le norme stabilite nell'ar-
" ticolo precedente, senza essere tenuti a provarne la
" morte ".

Da ciò che abbiamo detto risulta già abbastanza non

potersi confondere l'azione ammessa da questo articolo 40 a favore dei figli e discendenti, coll'altra che essi possono esercitare, in virtù del successivo art. 41, *qualora venga provato il tempo della morte dell'assente*. In quest'ultima ipotesi i figli o discendenti rivendicano i beni dell'assente pel diritto di proprietà ch'essi ne hanno acquistato col verificato aprimento della successione, che ha dato pur luogo all'immediato passaggio nelle persone dei figli o discendenti stessi del possesso civile di quei beni (art. 923, 925, cod. civile). Invece, coll'azione ammessa dall'art. 40, non è la proprietà, ma *il solo possesso*, quantunque *definitivo*, dei beni, che i figli o discendenti dell'assente reclamano; tanto che se poi avvenisse in qualunque tempo il ritorno di questo ultimo, i figli o discendenti di lui dovrebbero pure restituirgli i beni secondo le norme stabilite nell'art. 39.

Il beneficio, che l'art. 40 accorda con generale espressione *ai figli e discendenti* dell'assente, comprende non solo *i figli e discendenti legittimi*, ma eziandio *i figli naturali ed i loro discendenti legittimi* (arg. art. 748, cod. civ.). Questa massima deriva indubitabilmente dall'essere quel beneficio conceduto dalla legge *ai figli*, senza distinguere tra figli legittimi o i figli naturali; ed è infatti ammessa comunemente in dottrina (1). In ogni caso però è indispensabile che i figli o i discendenti siano in grado di poter esercitare il diritto successorio relativamente all'eredità dell'assente; poichè è soltanto in forza dell'eventuale loro diritto che possono agire, anche quando non potendosi ancora accertare l'apertura della successione, si esercita la sola immissione in possesso dei beni dell'assente. Quindi è che se a carico di un figlio o discendente di lui esistessero cause di incapacità per indegnità a succedere, neppure sarebbe esercibile a favore di quel figlio o discendente l'azione con-

(1) V. Delvincourt, t. I, p. 53, n. 5; Toullier, t. I, n. 451; Duranton, t. I, n. 513 in fine; Demolombe, t. II, n. 183; Zachariae, Aubry e Rau, t. I, § 157, nª 11.

templata dall'art. 40; che l'azione stessa non potrebb'essere promossa da ciascuno dei figli o discendenti capaci oltre ai limiti della quota per la quale sarebbero rispettivamente chiamati a succedere; che i figli naturali sarebbero ammissibili all'esercizio di quell'azione solo quando la loro filiazione fosse stata *legalmente riconosciuta o dichiarata* (arg. art. 743, cod. civ.); e che non i *discendenti naturali*, ma i soli *discendenti legittimi di figli naturali premorti dell'assente* potrebbero esservi ammessi, perchè questi soli hanno qualità per succedergli (detto articolo 748, codice civile).

Chiunque formi un'azione in giustizia avendo, per principio fondamentale, l'obbligo di provare i fatti dei quali quell'azione supponga l'esistenza, e il fatto giuridico su cui si fonda l'azione ammessa dall'art. 40 consistendo unicamente nella qualità, che abbiano gli attori, di figli o discendenti dell'assente; ne deriva dunque che ogni loro obbligazione, relativamente all'onere della prova, debba limitarsi a dimostrare, coi mezzi stabiliti dalla legge, il loro stato di filiazione. Non sarebbe possibile riguardarli come tenuti a provare l'aprimento della successione dell'assente, poichè non è l'azione contemplata nell'art. 41 che essi esercitano, ma quella dell'art. 40; non è la proprietà che pretendono di avere acquistata per diritto di successione sui beni dell'assente, che i figli o discendenti di lui reclamino, ma la semplice immissione in possesso definitivo, nella quale vogliono sostituirsi a coloro che l'avevano conseguito.

Gli autori francesi non dubitavano infatti di ritenere, sebbene in quel codice ciò non fosse espresso, che “ la sola “ prova che avesse a farsi dai figli o discendenti dell'as- “ sente, i quali agissero a norma dell'art. 133 di quel codice, “ era quella della loro filiazione; perchè era questa qualità “ che dava loro un titolo di preferenza per ottenere il pos- “ sesso dei beni del loro genitore od ascendente „ e che l'azione di cui parlavasi nel detto art. 133 “ a differenza “ d'una vera azione in petizione di eredità, non esige la

" prova della morte della persona il cui patrimonio è re-
" clamato „ (1).

Il legislatore italiano stimò opportuno di fare a tale proposito una dichiarazione espressa, contenuta in quelle ultime parole dell'art. 40: " *Senza essere tenuti a provarne la morte* „. Ed alcuni commentatori, lodando quest'aggiunta, la considerarono come una " *dispensa accordata ai figli e* " *discendenti dell'assente*, e fondata sul favore speciale di " cui il legislatore li ha creduti degni „ (2).

Non sembra però potersi ritenere giusta codesta idea. Parlando di *dispensa conceduta per favore eccezionale*, si viene necessariamente a supporre che se questa disposizione non vi fosse, i figli o i discendenti dell'assente, i quali intentassero azione per sostituirsi nel possesso definitivo agli altri parenti che lo avessero ottenuto, fossero tenuti per la natura dell'azione stessa a provare che la morte dell'assente si fosse verificata. Ora, ciò non è, nè potrebbe essere. I figli o i discendenti dell'assente, che reclamano semplicemente il possesso, quantunque definitivo, dei beni di lui, contro gli altri parenti, ascendenti o collaterali, che vi furono immessi, non potrebbero essere tenuti a provare la morte dell'assente medesimo, perchè non è questa morte, non è l'aprimento della successione, che formi il fondamento della loro domanda. Non vi sarebbe anzi nemmeno la possibilità di provare la morte dell'assente, dappoichè si suppone che siasi ancora in uno stadio di *assenza*, la quale è contraddistinta sempre dal carattere essenziale della incertezza intorno alla esistenza dell'assente. L'aggiunta fatta ai codici anteriori con quelle parole " *senza essere tenuti a provarne la morte* „ non solo dunque non sarebbe stata necessaria, ma è espressa inoltre in una forma non del tutto esatta, perchè lascia supporre che fosse possibile provare la morte, mentre, durando tuttora l'assenza,

(1) V. Duranton, t. I, n. 512; Aubry e Rau, t. I, § 157; Laurent, t. II, n. 238.
(2) V. Astengo ed altri, *Cod. civ. confrontato*, vol. I, art. 40, § 4, p. 342.

non può esservi che incertezza completa se l'assente esista ancora, o no.

231. — I figli e i discendenti — dice l'art. 40 — non possono far valere i loro diritti sui beni dell'assente, *se non entro i trent'anni dal giorno della immissione d'altri nel possesso definitivo.* Perchè questa limitazione di tempo? Perchè non si è ritenuta l'*imprescrittibilità* di quest'azione, come vedemmo essere imprescrittibile quella dell'assente ricomparso, o di cui sia provata l'esistenza, per ricuperare dai possessori i propri beni secondo le norme dell'articolo 39? (1). A questo dubbio fu risposto così: " Dal " giorno della immissione in possesso definitivo, *i collate-* " *rali possiedono come proprietari, o per dir meglio sono* " *proprietari veramente:* se inoltre il loro possesso fu con- " tinuato per trent'anni, che è il più lungo tempo richiesto " per la prescrizione, essi devono avere il diritto di op- " porla anche ai discendenti. Non vi è ragione perchè l'a- " zione dei discendenti sia imprescrittibile. Non può dirsi " altrettanto dell'assente stesso. Se egli ritorna, in qua- " lunque tempo ciò avvenga, scompariscono i diritti degli " eredi presuntivi, i quali non sono più che detentori " precari, e perciò non possono invocare alcuna prescri- " zione. Ma rimpetto ai discendenti dell'assente quegl'im- " messi in possesso definitivo non sono semplici detentori " precari, e quindi possono prescrivere „ (2).

Riferendoci a quanto dicemmo nel luogo sopra ricordato, non potremmo adottare veramente questa spiegazione, parendoci che gl'immessi in possesso definitivo non possano dirsi a fronte di alcuno *possessori a titolo di proprietà.* Nondimeno essi possiedono però per quegli speciali diritti reali che la legge annette in loro favore alla immissione definitiva; e crediamo che ciò basti per giustificare che mentre è imprescrittibile a fronte loro l'azione dell'assente

(1) V. sopra, n. 218, p. 1040-1043.
(2) V. Laurent, t. II, 238.

che ricomparisca, o di cui sia provata l'esistenza, sia invece prescrittibile quella dei figli o discendenti di lui. Nei rapporti tra l'assente ricomparso ed i presunti eredi stati immessi nel possesso definitivo, sono diritti d'indole diversa che vengono in conflitto: per l'assente ricomparso è il suo diritto di proprietà, in virtù del quale egli rivendica i beni da chi li possiede; pei presunti eredi è il semplice diritto d'immissione in possesso con quegli speciali attributi che la legge vi ha annessi. Ora, l'azione di rivendicazione nascente dal diritto di proprietà è imprescrittibile, nel senso che non può essere estinta direttamente per la sola inazione del proprietario, il quale per tempo più o meno lungo abbia cessato di esercitare il proprio diritto, ma può essere estinta solo indirettamente per effetto d'un possesso contrario esercitato da altri pel tempo stabilito dalla legge e col concorso di tutti i caratteri e requisiti necessari per dar luogo all'acquisto del diritto di proprietà in favore del possessore. D'altra parte i presunti eredi che ottennero l'immissione definitiva non hanno un possesso a titolo di proprietà, e come tale capace di produrne l'acquisto. Quindi la imprescrittibilità dell'azione di rivendicazione spettante all'assente ricomparso, quale proprietario dei beni posseduti dai presunti eredi. All'opposto, nei rapporti tra i figli o discendenti dell'assente, e gli altri parenti di lui, che abbiano conseguita l'immissione definitiva, è un identico diritto che si esercita da questi, che si reclama da quelli; il diritto appunto della immissione in possesso definitivo. È dunque conforme ai principii che l'azione dei figli o discendenti predetti sia estinguibile per prescrizione, secondo la regola generale dell'art. 2135; qualora gl'immessi in possesso definitivo lo abbiano esercitato pel tempo necessario a consolidare, mediante la prescrizione stessa, il relativo diritto da essi acquistato, ma soggetto ad evizione in favore dei figli o discendenti.

A queste idee è conforme infatti la disposizione dell'articolo 40, che fa decorrere i trent'anni, il compimento dei

quali estingue l'azione dei figli o discendenti, *dal giorno della immissione nel possesso definitivo*. Il che costituisce poi un notevole vantaggio per essi, a favore dei quali rimane nella generalità dei casi aperta l'azione, per ottenere il possesso dei beni del loro genitore od ascendente, pel lunghissimo corso di 60 anni; giacchè non ne rimangono privati che *trent'anni dopo l'immissione definitiva*, alla quale hanno dovuto precedere — eccetto il caso che questa sia stata accordata per la età centenaria che avrebbe compìto l'assente — *trent'anni d'immissione temporanea* (articolo 36, codice civile).

È da meravigliarsi che dopo ciò siasi voluto rassicurare i possessori contro ogni pericolo di evizione per parte di altri pretendenti alla immissione definitiva, lasciandoli esposti soltanto alla rara eventualità della rivendicazione da parte dell'assente che ricomparisse, o di cui si provasse l'esistenza?

Dal giorno in cui l'immissione nel possesso definitivo sia stata pronunziata, a sensi dell'art. 36, cod. civ., decorre dunque il trentennio; compìto il quale gl'immessi in possesso definitivo ne avranno acquistato irrevocabilmente il diritto a fronte anche dei figli o discendenti dell'assente, e l'azione di questi per reclamare il possesso medesimo rimarrà conseguentemente estinta. Ma finchè non sia chiesta e pronunziata l'immissione definitiva, il decorso di quel tempo non può incominciare; e l'azione conceduta dall'articolo 40 del codice civile ai figli ed ai discendenti dell'assente rimane esercibile fino al compimento dei trent'anni dal detto giorno, qualunque sia il tempo trascorso dopo il cominciamento della immissione temporanea. Si obbietterà che passati trent'anni dal compimento del semestre posteriore alla seconda pubblicazione della sentenza che dichiarò l'assenza, è rimasta prescritta l'azione concessa dall'art. 32 per escludere altri dall'immissione in possesso temporaneo (1), e quindi tanto meno

(1) V. sopra, n. 227, p. 1122-1127.

sarebbe da ammettersi l'esclusione dal possesso definitivo? Ma la prescrizione di cui parlammo nel numero ora citato non può essere applicabile pei figli e discendenti dell'assente; ai quali la legge accordò giustamente speciali favori in considerazione della qualità loro, e perciò li ammise a poter reclamare il possesso dei beni del loro genitore od ascendente anche dopo la immissione altrui nel possesso definitivo — ciò che non volle concedere ai collaterali nè agli ascendenti — e stabilì inoltre che l'azione per quella reclamazione di possesso non avesse ad estinguersi che pel decorso di trent'anni dal giorno della stessa immissione definitiva. Qualunque pertanto sia il tempo trascorso dopo la dichiarazione d'assenza e la immissione temporanea in possesso, i figli e discendenti dell'assente potranno sempre esercitare l'azione ammessa in loro favore dall'art. 40, cod. civ., finchè non siano compiti trent'anni dal giorno della pronunziata immissione d'altri nel possesso definitivo.

Il trentennio, di cui parla questo articolo, è un *semplice termine*, prefisso dal legislatore per l'esercizio dell'azione, dalla quale perciò si decada qualora non sia esercitata entro quel tempo? O invece è una *vera prescrizione*, soggetta all'applicazione di tutte le regole comuni, e tra le altre di quelle riguardanti le cause che impediscono o sospendono o interrompono il corso della prescrizione stessa? È una questione importante, specialmente per ciò che concerne la *sospensione;* perchè applicando la regola ordinaria scritta nell'art. 2120, può avvenire che per la minorità di alcuni dei figli o discendenti dell'assente, l'esercibilità dell'azione ad essi spettante secondo l'art. 40, codice civile, contro altri che siano stati immessi nel possesso definitivo dei beni dell'assente medesimo, continui per lungo tempo anche dopo finiti i trent'anni d'immissione temporanea e gli altri trent'anni d'immissione definitiva.

Le opinioni degli interpreti, sì del codice Francese che del nostro, sono divise; e gravi ragioni furono addotte

tanto a favore dell'applicabilità di tutte le regole ordinarie della prescrizione, quanto in senso contrario.

Per sostenere che si tratti d'un semplice *termine*, al quale non siano quindi applicabili le regole della prescrizione, quelle specialmente riguardanti le cause di sospensione, si adducono gli argomenti seguenti.

Il testo della legge non dice che l'azione dei figli o dei discendenti *si prescriva* in trent'anni — il che supporrebbe applicabili le regole comuni della prescrizione — ma dice che i figli o i discendenti *non potranno reclamare che entro i 30 anni*, senz'ammettere distinzioni.

In ogni caso non si tratterebbe d'una *prescrizione ordinaria*, poichè essa non viene realmente a compiersi che dopo 60 anni di possesso, e secondo l'art. 2264 del codice Francese le prescrizioni contemplate in altri titoli di quel codice, vanno soggette alle regole speciali in essi stabilite. Non si deve dunque consultare in questa materia che la legge sull'assenza, la quale decide generalmente e in tutti i casi che i discendenti dell'assente non possono agire che durante il periodo di 30 anni dall'immissione in possesso definitivo, senza fare alcuna distinzione tra quelli che siano maggiori o minori di età.

Bisogna riflettere d'altra parte che la disposizione, per la quale ai figli o discendenti dell'assente si concede il tempo di 30 anni dalla immissione d'altri in possesso definitivo, per reclamarlo in proprio favore, è affatto eccezionale e fuori dei principii comuni, e che questo termine di 30 anni è oltre quello della prescrizione ordinaria. Ora, nessuna eccezione potendo mai essere estesa oltre i termini in cui fu espressa, non è dunque da concedersi ai figli o discendenti dell'assente, in considerazione dell'una o dell'altra circostanza, un tempo maggiore di quello che la legge ha assolutamente fissato in 30 anni dal giorno della immissione definitiva.

È da considerare, in fine, che i figli, dai quali verrà esercitata l'azione, saranno, il più delle volte, nati poste-

riormente alla scomparsa dell'assente. Cosicchè, se si dovesse aggiungere ai trent'anni scorsi dopo l'immissione in possesso definitivo, anche il tempo delle minorità, le quali possono pure succedersi l'una all'altra, ne risulterebbe che il termine diverrebbe indefinito, ciò che è contrario al senso ed alla lettera dell'articolo (1).

A queste considerazioni però se ne contrappongono altre, che ci sembrano più decisive.

L'articolo 133 del codice Francese — 40 del codice Italiano — stabilisce un decorso di tempo, compiuto il quale l'azione dei figli o discendenti dell'assente, contro coloro che siano stati immessi nel possesso definitivo dei beni, rimane estinta. Tale appunto è il carattere distintivo della prescrizione; e di fatti il tempo di trent'anni, ivi stabilito, è precisamente quello della prescrizione ordinaria (articolo 2262, codice Francese — 2135, codice Italiano).

Perchè, ciò non ostante, non avessero ad applicarsi le regole comuni della prescrizione, e particolarmente quelle riguardanti la sospensione di essa, occorrerebbe una eccezione espressa, che non si trova nel testo del detto articolo 133, cod. Francese — 40, cod. Italiano.

Non è giusto l'argomentare dall'articolo 2264 del codice Francese — a cui corrisponderebbe il 2147 del cod. Italiano — perchè quella disposizione aveva per solo oggetto di affermare che colla pubblicazione di quell'ultimo titolo del cod. Francese non s'intendevano abrogate le disposizioni di altri titoli pubblicati anteriormente, relative ad altre più brevi prescrizioni; ma non di sottrarre queste — differenti dalla ordinaria relativamente al tempo richiesto pel loro compimento — all'applicazione delle regole generali stabilite per qualunque prescrizione.

L'escludere per questa prescrizione speciale le cause

---

(1) V. Delvincourt, t. I, p. 53, nª 6; Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, c. XX, s. VI, § 3, p. 334-335; Duranton, t. I, n. 513; Talandier, *Nouveau traité des absents*, p. 235; Marcadé, art. 133, § 6, t. I, n. 454; Borsari, *Commentario*, art. 40-41, vol. I, § 175, II, p. 252.

ordinarie di sospensione, avrebbe per effetto di porre i figli e i discendenti dell'assente in condizioni deteriori, rispetto alle regole comuni della prescrizione. Ciò sarebbe contrario allo spirito della legge, la quale intese anzi di favorire in modo speciale i figli e i discendenti dell'assente.

Non vi è poi motivo di allarmarsi pel maggior tempo durante cui possa rimanere esercibile contro gl'immessi in possesso definitivo l'azione spettante ai figli od ai discendenti dell'assente, in causa della loro minorità; giacchè quei possessori lucrano intanto tutti i frutti che i beni dell'assente producono, possono disporre dei beni stessi liberamente, e non incorrono in nessuna responsabilità, sia per le alienazioni che facciano, sia per le deteriorazioni che commettano (1).

Aggiungeremo a tutto ciò qualche altra riflessione.

Si verifica *decadenza da un'azione per decorrenza di termine*, allorchè questo sia stato prescritto dalla legge come condizione dell'esercizio dell'azione medesima, avendo riguardo al carattere di essa ed all'indole dei fatti o dei rapporti giuridici sui quali si fonda, indipendentemente da qualsiasi considerazione di negligenza o di presunto abbandono da parte di colui al quale l'azione era accordata; come quando la legge stabilisce il tempo dopo cui non è più proponibile la domanda di nullità del matrimonio per determinate cause (art. 104, 110, cod. civ.), o l'azione di disconoscimento di paternità (art. 166, cod. civ.), o quella per supplemento, o per diminuzione di prezzo, o per recesso dal contratto di vendita (art. 1478, cod. civile), o l'azione redibitoria (art. 1505, codice civile), e simili. Ma quando invece è bensì determinato il tempo entro cui

---

(1) V. Malleville, *Analyse raisonné du code civil*, t. I, p. 149; Merlin, *Rép.*, v° *absent*, art. 132-133; Toullier, t. I, n. 453; De Moly, *Traité des absents*, n. 690; Plasman, *Code et traité des absents*, t. I, p. 249-251; Valette *sur* Proudhon, l. c., n^a^ *a*; Demolombe, t. II, n. 185; Zachariae, t. I, § 157, n^a^ 5; Aubry e Rau, t. I, § 157, n^a^ 12; Astengo, *Cod. civ. confrontato*, ecc., vol. I, art. 40, § 2, p. 342.

dev'essere esercitata un'azione, non però per ragioni particolari relative al carattere speciale di essa, ma perchè l'averne trascurato per quel tempo l'esercizio fa presumere una tacita rinunzia, ed è pur necessario, per l'interesse generale, assicurare la stabilità dei patrimoni e la tranquillità e l'ordine delle famiglie contro reclamazioni troppo lungamente differite; allora si tratta, non già di un semplice termine di decadenza, ma di vera e propria prescrizione, ancorchè il tempo ad essa prefisso non sia l'ordinario di trent'anni, ma più breve o più lungo; ed allora è naturale conseguentemente che tutte le regole proprie della prescrizione, in generale, debbano essere applicate, non escluse quelle concernenti le cause di sospensione, essendo anzi evidente che se la estinzione dell'azione si fonda sulla negligenza e sul tacito abbandono da parte di colui al quale competeva l'azione medesima, ciò non possa aver luogo a carico di chi per la sua condizione personale meriti scusa di non avere agito.

Ora, l'art. 40 del codice civile, concedendo ai figli e discendenti dell'assente di reclamare il possesso dei beni di lui contro coloro che l'abbiano ottenuto definitivamente, dichiara che l'azione dev'essere esercitata entro i 30 anni, che è il tempo ordinario della prescrizione, e solo stabilisce il punto di decorrenza di questo tempo nel giorno della immissione in possesso definitivo; ma tale disposizione non ha la sua ragione determinante nel carattere speciale dell'azione, bensì piuttosto nella necessità di porre fine una volta ad ogni incertezza, e di non permettere che dopo così lungo tempo possa essere turbato chi ottenne ed esercitò il possesso definitivo, da chi col non aver curato l'esercizio delle ragioni che gli spettavano ha dato motivo a presumere che le abbia abbandonate. Siamo dunque nel caso di vera e propria prescrizione, anzichè di decadenza per lo spirare d'un semplice termine.

L'argomento poi che alcuni autori francesi traevano dall'art. 2264 di quel codice — lasciando anche da parte

la giusta confutazione, che vedemmo esserne stata fatta da altri — non potrebbe nemmeno più allegarsi sotto il codice nostro: poichè nell'art. 2147 esso dice che " per " tutte le prescrizioni *minori dei trent'anni*, non menzio- " nate in queste e nella precedente sezione, *si osservano* " *altresì le regole che particolarmente le riguardano* „. È dunque chiaro, pel testo stesso di questa disposizione, che essa si riferisce unicamente alle prescrizioni più brevi dell'ordinaria trentennale, per le quali pure, tutt'altro che dichiararle soggette alle sole regole speciali stabilite in altri titoli del codice, ammette anzi indubbiamente che anche le regole generali della prescrizione siano applicabili, poichè dice doversi osservare *altresì* le regole che particolarmente riguardano quelle prescrizioni più brevi.

Non reputiamo poi esatta l'osservazione del *Marcadé*, che si tratti qui d'una *disposizione eccezionale*, da doversi perciò interpretare restrittivamente. Veramente secondo il nostro codice — come almeno è sembrato a noi doversi intendere — sarebbe in realtà eccezionale l'azione concessa dall'art. 40 ai figli e ai discendenti dell'assente, in quanto che nessun altro sarebbe ammesso, *dopo la immissione in possesso definitivo*, a poter agire contro coloro che l'avessero ottenuta, per sostituirsi o compartecipare a quel possesso provando d'avervi un diritto prevalente od eguale, come può farsi, secondo l'art. 32, *durante il possesso temporaneo*. Ma una volta stabilito che i figli e i discendenti dell'assente possano agire contro altri, che siano stati immessi nel possesso definitivo dei beni di lui, per reclamare a proprio favore il possesso medesimo, non è poi una eccezione, ma anzi un'applicazione dei principii generali l'avere dichiarato che tale azione vada soggetta alla prescrizione ordinaria di trent'anni, e che il corso di essa incominci dal giorno nel quale essendo stata pronunciata l'immissione in possesso definitivo, coloro che la conseguirono e la esercitarono hanno potuto mediante il possesso medesimo consolidarne in loro favore il diritto sog-

getto ad evizione da parte dei figli o discendenti. Così dunque non regge, a nostro modo di vedere, neppur l'argomento che il tempo di trent'anni, dato ai figli e ai discendenti per reclamare il possesso dei beni dell'assente contro altri che ne abbiano avuta l'immissione definitiva, sia una eccezione da applicarsi con rigore, escludendo perciò che il tempo predetto possa essere protratto per cause di sospensione della prescrizione.

232. — Nel codice Ital. è detto che i figli e i discendenti dell'assente possono, entro i trent'anni dal giorno della immissione nel possesso definitivo " *far valere i diritti* " *che loro competono sui beni dell'assente* „. I codici anteriori dicevano invece che i figli e i discendenti dell'assente potevano, entro il detto tempo, *domandare la restituzione dei di lui beni come è disposto nell'articolo precedente*, cioè cogli stessi diritti che sarebbero spettati all'assente che fosse ricomparso, o di cui si fosse provata l'esistenza. Quale tra le due formole è la più esatta, secondo i principii? Ci sembra che sia quella del codice Italiano. Dicendo che i figli dell'assente avevano facoltà di chiedere la restituzione dei beni come avrebbe potuto domandarla l'assente medesimo ricomparendo, poteva nascerne l'idea che, al pari dell'assente, i figli o i discendenti di lui rivendicassero quei beni *a titolo di proprietà*. Ma ciò non era ammissibile. Essi non avrebbero potuto domandare *la proprietà dei beni*, fuorchè provando di avere veramente la qualità di eredi pel verificato aprimento della successione, provando cioè la morte dell'assente. Finchè dura l'assenza, finchè rimane incerto se l'assente esista ancora o sia morto, i beni lasciati da lui si reputano costituenti ancora il suo patrimonio, e coloro che son chiamati a succedergli non possono avere che la semplice *immissione in possesso* di quei beni, con attributi, diritti e poteri più o meno importanti, più o meno avvicinantisi a quelli della proprietà vera, secondochè la immissione sia soltanto temporanea,

o sia divenuta definitiva, ma non mai la proprietà stessa, che rimane riservata all'assente. Dicendo invece che i figli o i discendenti possono *far valere i diritti che loro competono sui beni dell'assente*, non si definisce veramente ancora quale sia la natura di questi diritti, ma il pensiero del legislatore viene poi chiarito da ciò che si soggiunge nello stesso articolo 40, che cioè quei diritti possono essere esercitati *senza dover provare la morte dell'assente;* il che rende manifesto non potersi trattare *dei diritti di proprietà*, per far valere i quali sarebbe indispensabile provare appunto *l'aprimento della successione dell'assente*, ed agire quindi in virtù del seguente articolo 41.

I *diritti che competono ai figli od ai discendenti dell'assente sui beni di lui*, non possono dunque essere altri che quelli della semplice *immissione in possesso definitivo*, la quale, per eccezionale favore di legge, può essere conseguita da loro, escludendone gli altri parenti che l' abbiano precedentemente ottenuta; mentre agli ascendenti od ai collaterali non è lecito agire per escludere altri e surrogarvisi, provando di avere diritti prevalenti, fuorchè *durante il possesso temporaneo*, secondo la disposizione dell'art. 32.

Perciò fu rettamente insegnato che, ottenendo la restituzione dei beni dell'assente, i figli o discendenti di lui " non ne divengono proprietari incommutabili, ma ne sono " semplici possessori, com'erano prima gli altri immessi " in possesso definitivo: e se ricomparisse il loro genitore " od ascendente, che è sempre assente — poichè non n'è " provata nè l'esistenza nè la morte — essi sarebbero te- " nuti a rendergli i beni nello stato in cui si trovassero, " come avrebbero dovuto farlo gli altri immessi in pos- " sesso „ (1).

Anche nell'art. 40 del nostro codice, come negli articoli corrispondenti dei codici anteriori, è però soggiunto che i

---

(1) V. Marcadé, art. 133, § 3, t. I, p. 334.

diritti competenti ai figli e ai discendenti dell'assente sui beni di lui dovranno farsi valere *secondo le norme stabilite nell'articolo precedente;* e ciò significa che i figli o discendenti predetti sono ammessi ad esercitare contro coloro, ch'erano stati precedentemente immessi nel possesso definitivo, i soli diritti che a termini dell'art. 39 competerebbero verso quei possessori all'assente medesimo che ricomparisse, o di cui fosse provata l'esistenza; cioè di *ricuperare i beni nello stato in cui si trovano, e di conseguire il prezzo di quelli alienati, ove sia tuttora dovuto, od i beni nei quali sia stato investito.*

Accordando per eccezionale favore ai figli o discendenti dell'assente di far valere contro coloro che siano stati anteriormente immessi nel possesso definitivo, diritti che non sarebbero spettati ad altri fuorchè all'assente medesimo, se fosse ricomparso, la legge è stata perfettamente coerente imponendo all'esercizio di tali diritti pei figli o discendenti, quei medesimi limiti che sono stabiliti per l'assente. Sarebbe stato enorme che i possessori definitivi, i quali generalmente sono al sicuro da qualunque molestia per parte di chi pretendesse di aver diritti prevalenti a quelli di loro, e solo possono essere obbligati a rendere i beni nello stato in cui si trovino all'assente se ritorni o venga provata la sua esistenza, od ai veri eredi di lui quando si provi il tempo in cui ne sia avvenuta la morte; presentandosi invece, mentre duri ancora l'assenza, i figli o i discendenti dell'assente, avessero verso di loro maggiori obbligazioni di quelle a cui sarebbero tenuti verso l'assente medesimo. Era però necessaria una disposizione espressa della legge a tale proposito; perchè altrimenti, essendo ammessi i figli o discendenti dell'assente a far valere le loro ragioni prevalenti pel possesso definitivo, contro gli altri parenti che l'avessero ottenuto, sarebbero da applicarsi per analogia i principii generali relativi all'azione in rivendicazione, anzichè le regole speciali dettate dalla legge circa i diritti dell'assente ricomparso, verso gl'immessi in

possesso definitivo. E fra le altre cose, quand'anche i possessori convenuti fossero stati in buona fede, avendo ignorata l'esistenza dei figli o discendenti dell'assente, dovrebbero restituire a questi il prezzo dei beni che avessero venduti, ancorchè non ne avessero approfittato in aumento del loro patrimonio, ma lo avessero disperso.

Crediamo peraltro che il principio del non essere tenuti gl'immessi in possesso definitivo verso i figli o discendenti dell'assente, che facciano valere i loro diritti a tenore dell'art. 40, di obbligazioni maggiori di quelle che avrebbero, a senso dell'art. 39, verso l'assente medesimo se fosse ricomparso, o si fosse provata la sua esistenza, sia da applicarsi con tutto il rigore qualora gl'immessi in possesso definitivo siano stati *in buona fede*. Ma se all'opposto essi avessero conosciuta l'esistenza dei figli o discendenti dell'assente, e ciò non ostante, abusando del possesso definitivo in cui si trovavano immessi, avessero deteriorati per loro fatto o colpa i beni, o li avessero alienati, riscuotendo il prezzo e dissipandolo, pensiamo che sarebbero passibili del risarcimento dei danni per applicazione della regola generale sancita dall'art. 1151 del codice civile. Una massima simile reputammo doversi ritenere a favore dell'assente stesso ricomparente, qualora gl'immessi in possesso dei beni avessero agito con *dolo*, conoscendo l'esistenza di lui e dissimulandone le notizie: ed è quindi conforme anche allo spirito dell'art. 40 l'applicarla ai figli od ai discendenti, che sono ammessi ad esercitare, a titolo però di semplice immissione in possesso definitivo, gl'identici diritti che spetterebbero all'assente.

Un'ultima riflessione ci resta a fare su questa disposizione dell'art. 40. I figli o i discendenti dell'assente sono ammessi a far valere i loro diritti solamente contro coloro ai quali, nella qualità di presunti eredi, sia stato dato il possesso definitivo dei beni; non già contro i legatari, i donanti con patto di riversione, i proprietari di beni usufruiti dall'assente, ed altre persone che fossero state am-

messe all'esercizio di diritti particolari dipendenti dalla morte dell'assente stesso. Abbiam veduto infatti che il diritto, di cui l'articolo predetto concede l'esercizio ai figli od ai discendenti dell'assente, non è altro che quello della immissione in possesso definitivo, dalla quale essi possono escludere quegli altri parenti che l'abbiano ottenuta, sostituendosi ad essi: e abbiam veduto altresì che tale concessione della legge non ha altro fondamento che l'eventuale diritto successorio dei figli o dei discendenti medesimi, talchè se per qualunque causa fossero privi di tale diritto eventuale di successione, neppur potrebbero invocare il benefizio di detto art. 40. È dunque naturale che codesta azione, avente per fine di surrogarsi ad altri nel possesso definitivo, pel titolo di eventuale successione all'assente, non possa esercitarsi fuorchè contro coloro, i quali pel medesimo titolo di eventuale successibilità siano stati immessi in quel possesso; mentre poi è perfettamente conciliabile l'esercizio delle ragioni concedute ai figli o discendenti dell'assente dall'art. 40, col mantenersi ciò non ostante il possesso di beni particolari conseguito da coloro che sovra essi avevano diritti dipendenti dalla condizione della morte dell'assente medesimo; nè tali diritti particolari sono esclusi da quello, avente per oggetto l'universalità dei beni di lui, che verrebbe reclamato dai suoi figli o discendenti. D'altra parte, non essendo provata l'attuale esistenza dell'assente — e non può esserlo, dal momento che si suppone sussistere ancora l'assenza, sebbene nello stadio della immissione in possesso definitivo — non vi sarebbe ragione perchè avesse a cessare il possesso definitivo, che di determinati beni avessero ottenuto gli aventi diritti particolari su di essi; non vi sarebbe ragione perchè la reclamazione del possesso definitivo della universalità dei beni dell'assente a favore dei figli e discendenti di lui, dovesse avere per effetto di privare il legatario da lui nominato nel testamento che fosse stato aperto dopo la dichiarazione d'assenza, o colui che gli avesse donato beni con patto di

riversione, o chi avesse la nuda proprietà di beni da lui usufruiti, del possesso di quei beni particolari che formavano oggetto dei loro diritti.

CAPO II.

Dell'assenza considerata in ordine ai diritti eventuali che si aprano in favore dell'assente.

Sommario. — 233. Osservazioni generali intorno all'oggetto di questo capo. — 234. Principio stabilito nell'art. 42 del cod. civile. — 235. Oggetti diversi che possono essere proprii dei diritti eventuali contemplati nell'art. 42. — 236. I. A quali persone si devolvano le successioni a cui sarebbe chiamato l'assente. — 237. Specialità relative al *diritto di rappresentazione*. — 238. Diritti ed obblighi di coloro a cui vantaggio si devolve una successione alla quale sarebbe chiamato in tutto od in parte un assente. — 239. II. Principii generali intorno ai diritti dell'assente o dei suoi rappresentanti, per le ragioni eventuali che siansi aperte durante l'assenza, nei diversi casi di cessazione di essa. — 240. Azioni spettanti all'assente, od a chi lo rappresenta, contro coloro che in sua mancanza esercitano diritti nati a favore di lui. — 241. Da chi e contro chi possano essere esercitate tali azioni. — 242. Prescrizione a cui vanno soggette le azioni predette. — 243. Effetti delle azioni medesime nei rapporti fra l'assente, od i suoi rappresentanti od aventi causa, e coloro che in luogo dell'assente abbiano esercitato le ragioni che sarebbero appartenute a lui. — 244. Effetti delle azioni medesime nei rapporti coi terzi acquirenti dei beni della eredità, a cui era chiamato l'assente.

233. — Dicemmo già che i beni reputati tuttora costituenti il patrimonio dell'assente, non ostante l'incertezza che vi è intorno alla sua esistenza, e dei quali nondimeno è concesso ai presunti eredi di lui di poter chiedere l'immissione in possesso, da prima temporanea, poscia definitiva, sono tutti quelli di cui l'assente aveva acquistata la proprietà al tempo della sua scomparsa o delle ultime sue notizie; e dimostrammo doversi comprendere tra i detti beni anche i diritti subordinati ad una condizione sospensiva, sebbene non ancora verificata al tempo da cui parte la presunzione di assenza; perchè, non ostante ciò, quei

diritti sono acquisiti all'assente, sotto la condizione a cui si trovano subordinati, e sono trasmissibili da lui ai suoi eredi. Dimostrammo però nel tempo stesso non potersi confondere coi *diritti condizionali* quelli che *non erano ancora aperti* al tempo in cui cominciò la presunzione di assenza, e quindi costituivano per l'assente *semplici speranze*, non suscettibili di trasmissione ereditaria, perchè *dipendenti dalla sopravvivenza di lui* al momento in cui si venisse a verificarsi l'aprimento dei diritti medesimi (1).

Ora, quale sarà la sorte di questi diritti, che vengano ad aprirsi in favore di una persona mentre sia *assente?* Non potendosi, nello stato attuale delle cose, riguardarli come formanti parte del patrimonio di questa persona, si dovrà dunque ritenerli colpiti di caducità? Od a chi dovranno devolversi invece dell'assente? E quali saranno gli effetti di tale devoluzione? E quali le ragioni esercibili ancora dall'assente o dai suoi rappresentanti, qualora egli ricomparisca, o si provi che esisteva quando tali diritti nacquero? Ecco il complesso dei quesiti a cui rispondono le disposizioni degli articoli 42 al 45 del nostro codice civile.

La Sezione che le contiene è intitolata " *degli effetti dell'assenza riguardo alle ragioni eventuali che possono competere all'assente* „. E da quanto abbiamo premesso risulta già abbastanza non potersi qui intendere l'espressione " *ragioni eventuali* „ nel più esteso significato, comprensivo di tutti i *diritti dipendenti da un avvenimento futuro ed incerto;* poichè tali sono anche i *diritti condizionali* (art. 1157, cod. civ.); i quali però costituendo, anche pendente la condizione, altrettante attività reali, attuali e trasmissibili del patrimonio della persona a cui spettano (art. 1170, cod. civ.), formano già parte dei beni che sono oggetto della immissione in possesso a favore dei presunti eredi dell'assente. *Ragioni eventuali*, nel senso in cui sono contemplate dagli articoli 41 al 45 del cod. civ., non sono che i diritti aperti

---

(1) V. sopra, n. 171, p. 693-696.

in favore dell'assente dopo il giorno della sua scomparsa o delle ultime sue notizie; quei diritti dei quali l'*eventualità*, da cui dipendono, *consiste nella esistenza dell'assente in un determinato momento, cadente nel corso dell'assenza.*

Gli articoli predetti sono applicabili per qualunque sia lo stadio in cui l'assenza si trovi al momento della nascita di quei diritti che all'assente competerebbero; tanto se l'assenza sia semplicemente presunta, quanto se sia già legalmente dichiarata, tanto se ne sia seguìta l'immissione in possesso semplicemente temporaneo, quanto se già sia stata pronunciata l'immissione definitiva; ma gli articoli stessi non hanno alcuna applicazione qualora non concorrano gli estremi d'una vera assenza, e la persona, a cui favore si aprano determinati diritti, sia soltanto *non presente* (1).

Questa massima, che diede luogo a qualche esitanza ed a discordia di opinioni quando si discuteva per la compilazione del codice Francese, è ormai incontestata in dottrina ed in giurisprudenza. Uno solo dei commentatori di quel codice insegnò che gli articoli 135 al 138 di esso — corrispondenti agli articoli 42 al 45 del codice Italiano — non riguardassero che l'assenza giudizialmente dichiarata (2). L'opinione degli altri autori è unanime nel senso contrario (3).

Per sostenere che l'applicazione dei predetti articoli dovesse limitarsi ai casi di *assenza dichiarata*, si osservava: che fino a quando essa fosse semplicemente *presunta*, l'assente era da reputarsi tuttora vivente, a meno che ne fosse provata la morte, epperò i diritti che si aprissero in

---

(1) V. sopra, n. 130, p. 411.

(2) V. Malleville, *Analyse raisonnée du Code civil*, t. I, art. 135, 136.

(3) V. Locré, *Esprit du Code Napoléon*, t. I, art. 135; Merlin, *Répert.*, v° *Absent*, art. 135, § 2; Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, c. XX, s. I, § 5; Toullier, t. I, n. 477-479; Duranton, t. I, n. 534-536; Zachariae, Aubry e Rau, t. I, § 158, n[a] 1; Marcadé, art. 135, § 1, t. I, n. 460; art. 136, § 4, n. 467; Demolombe, t. II, n. 203-205; Laurent, t. II, n. 253.

suo favore erano da reputarsi legalmente acquistati da lui; che ritenendo il contrario, ne deriverebbe l'inconveniente gravissimo e l'assurdo di riguardare un cittadino come divenuto incapace all'acquisto di diritti, appena si fosse allontanato dal proprio domicilio o dalla propria residenza, quantunque avesse lasciato un procuratore per rappresentarlo; che così non vi sarebbero più relazioni tra le persone non abitanti nel medesimo luogo, e non si potrebbe più agire col mezzo d'un mandatario; che se vi erano motivi per richiedere la *prova della vita* della persona in cui nome si reclamassero diritti, ve n'erano altrettanti per esigere che chi pretendesse di escluderlo da tali diritti, ne provasse la morte; chè l'articolo 113 del codice Francese — 21 del codice Italiano — dando facoltà al tribunale di nominare persona la quale rappresentasse il *presunto assente* negli atti relativi alle successioni a cui egli fosse chiamato, dimostrava potersi far luogo durante la presunzione di assenza all'acquisto dei diritti appunto di successione, e così pure di altre ragioni eventuali che si aprissero in favore dello stesso assente presunto (1).

Ma a tutti questi ragionamenti erano facili le risposte.

Già abbiamo veduto, nè occorre di ripeterne la dimostrazione, che durante l'assenza — sia poi essa semplicemente *presunta*, o sia *dichiarata giudizialmente* — non vi è mai presunzione legale nè di vita nè di morte dell'assente, ma vi è soltanto una completa incertezza dell'esistenza di lui; ed è ciò che dà motivo ai provvedimenti ammessi dalla legge per la conservazione del patrimonio ch'egli ha lasciato.

Quanto agli inconvenienti, che si supporrebbero derivabili dal non ammettere l'esercizio, in nome dell'*assente presunto*, di diritti che si aprissero in favore di lui, non bisogna esagerarli. Ed è una esagerazione evidente il dire che con ciò si renda *incapace ad acquistare diritti una persona, appena*

(1) V. sopra, n. 134, p. 438-442.

si sia allontanata dal proprio domicilio o dalla propria residenza. Prima di tutto non si tratta affatto d'una *incapacità*, che s'infligga all'assente; il quale non viene privato irrevocabilmente dei diritti che si aprano a suo vantaggio durante l'assenza, poichè anzi è riservato a lui od ai suoi rappresentanti od aventi causa, l'esercizio di quei diritti, qualora egli ricomparisca, o venga provato ch'egli sia vivente, o che almeno esistesse ancora allorchè tali diritti si aprirono; come vedremo essere disposto espressamente nell'art. 44 del nostro codice, corrispondente al 137 del Francese.

E in secondo luogo non è esatto l'affermare che ritenendo applicabili anche all'assenza semplicemente presunta, gli articoli di cui parliamo — 41 al 45 del codice Italiano — si venga a stabilire che appena una persona siasi allontanata dal proprio domicilio o dalla propria residenza, appena non sia più presente, appena possa dirsi possibile che non esista più, si faccia luogo ad escluderla dai diritti che si aprano in suo favore. Questo pure è un punto già dimostrato altra volta; che dell'assenza anche solo *presunta* è carattere distintivo ed essenziale l'*incertezza sulla esistenza della persona*, nè potrebbesi dire *assente*, nel vero senso della parola, chi fosse soltanto *non presente*, chi si fosse bensì allontanato dal luogo d'ultimo suo domicilio o d'ultima sua residenza, ma senza il concorso di circostanze per le quali, a prudente criterio dei giudici, fosse da ritenersi ragionevolmente essere divenuta dubbia la esistenza di lui (1). Se dunque si apriranno diritti a favore di una persona che si è allontanata dal suo domicilio, ma per cause conosciute, che si è imbarcata, ma da un tempo troppo recente perchè si abbia a supporne la morte, quantunque s'ignorino i veri motivi del viaggio; se insomma, pur non potendosi al momento accertare con prove l'esistenza attuale di quella persona, non vi siano però, a prudente giudizio dei magi-

(1) V. sopra, n. 129, p. 408, n. 140, p. 483-485.

strati, motivi ragionevoli per supporne la morte; non si tratterà più allora di *assenza*, neppure solo *presunta*, ma di semplice *non presenza*, e non essendovi bastante fondamento per porre in dubbio l'esistenza della persona stessa, non si potrà nemmeno contenderle l'acquisto dei diritti che si aprano in suo favore; i quali diritti saranno quindi esercibili in suo nome da chi legittimamente la rappresenti, dal suo procuratore, dai suoi creditori; nè saranno applicabili a questo caso le disposizioni degli articoli 41 al 45 del codice civile.

Del resto, dovremo ritornare su tali idee nel corso di questa trattazione; e vedremo allora se e per quali circostanze eccezionali possa talvolta farsi luogo, per diritti aperti a favore di persona semplicemente non presente, ad ordinarsi dal tribunale provvedimenti conservatorii simili a quelli che l'art. 21 del codice civile ammette pei casi di vera assenza presunta. Frattanto però è chiaro che quest'articolo — corrispondente al 113 del codice Francese — non si presta menomamente all'argomento che se ne volle dedurre contro l'opinione universalmente accettata. Non è vero che il detto articolo, accordando al tribunale la facoltà di nominare un rappresentante all'assente per gli atti relativi alle successioni nelle quali egli sia interessato, presupponga potersi reclamare in nome di lui successioni che siansi aperte durante l'assenza stessa; perchè quella disposizione può avere tutta la sua applicazione per le successioni aperte anteriormente al cominciamento dell'assenza, ed alle quali perciò l'assente aveva già acquistato diritto, sebbene non le avesse ancora accettate. Oltre a ciò può pure verificarsi che i coeredi dell'assente ammettano volontariamente anche lui a partecipare alla successione; e questo sarà ancora un altro caso in cui trattandosi di accettare l'eredità, di formare l'inventario, di fare le divisioni, potrà il tribunale nominare chi rappresenti l'assente. Poichè dunque la disposizione dell'art. 21 si spiega perfettamente, e può avere la sua applicazione, senza supporre esercibile in nome del-

l'assente presunto un diritto successorio apertosi in suo favore durante l'assenza stessa, anche quest'ultimo argomento addotto per l'opinione che vorrebbe limitare le regole stabilite per le ragioni eventuali, che possono competere all'assente, ai soli casi di *assenza legalmente dichiarata*, perde ogni suo valore. Si può pertanto conchiudere con piena sicurezza, conformemente all'opinione generalmente ammessa, che gli articoli 42 al 45 del nostro codice sono applicabili quando si tratti di *assenza* vera, caratterizzata dalla incertezza se la persona, lontana dal suo domicilio o dalla sua residenza, esista ancora o no — punto, questo, di mero fatto, dipendente dalle circostanze, il cui apprezzamento è lasciato alla saviezza dei magistrati — ma se gli estremi della vera assenza siano riconosciuti, è poi indifferente lo stadio in cui essa si trovi, o di semplice presunzione, o di dichiarazioue giudiziale, perchè essendovi in ogni caso *incertezza sulla esistenza della persona*, vi è conseguentemente la stessa ragione per non considerare come attribuiti certamente a lei quei diritti, il cui acquisto supporrebbe di necessità che fosse provata l'esistenza della persona stessa al tempo del loro aprimento.

Dopo ciò che abbiamo detto, non occorrono altre parole per dimostrare che le regole stabilite dal codice negli articoli 42 al 45 sono *comuni tanto alla presunzione che alla dichiarazione di assenza.*

234. — Chiunque invochi contro altri un determinato diritto, è tenuto a provare i fatti sui quali la sua domanda si fondi, in tutti gli elementi necessari per costituirli e renderli atti a formar base del diritto reclamato. Se dunque si tratti di tale diritto che sia subordinato alla esistenza di una persona in un tempo determinato, bisognerà che questo fatto sia provato da chi lo afferma. E siccome appunto è condizione indispensabile per l'acquisto di qualsiasi diritto, che al tempo in cui esso si apre esista la persona alla quale sarebbe attribuito, ne risulta quindi pienamente giustificata

la regola fondamentale scritta nell'art. 42 del nostro codice, che, cioè: " Niuno è ammesso a reclamare un diritto in " nome di persona di cui s'ignori la esistenza, se non provi " ch'essa esisteva quando quel diritto è nato ".

Diciamo essere questa una regola fondamentale, perchè in fatti è un dettato di ragione comune, del quale non potrebbesi dubitare quand'anche non fosse confermato da un testo espresso di legge. Sarà da ritenersi reciprocamente che un diritto subordinato alla condizione della morte di una persona, la cui assenza ne renda soltanto incerta la esistenza, non possa essere esercitato, se non coll'onere di provare che quella morte sia realmente avvenuta? Alcuni autori francesi hanno insegnato doversi fare a tale proposito una distinzione tra i diversi stadi dell'assenza. *Finchè questa è soltanto presunta* — essi dicono — " l'assente con- " serva anche i diritti subordinati alla condizione della " propria esistenza, ch'egli abbia acquistati prima della " sua scomparsa — per esempio, l'usufrutto, i beni gravati " di sostituzione, ecc. — ma non può più acquistare diritti " nuovi ". Quindi chi reclami diritti dipendenti dalla morte dell'assente presunto deve provare questa, come deve provare l'esistenza di lui chi reclami diritti ad essa subordinati; valendo egualmente sì per l'uno che per l'altro caso la regola " *onus probandi incumbit ei qui dicit* ". Ma dopo la dichiarazione di assenza " *la presunzione di morte milita in " favore di tutti coloro, che sui beni appartenuti all'assente " nel tempo della sua scomparsa, o delle ultime sue notizie, " reclamino diritti subordinati alla condizione della morte di " lui* " (1). Il ragionamento sarebbe certamente inconfutabile ammettendo, come facevano questi autori, che dalla dichiarazione giudiziale dell'assenza derivasse una *presunzione legale di morte dell'assente;* poichè, posto ciò, non potrebb'esservi più bisogno di somministrare alcuna prova

---

(1) V. Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, p. 264, 296, 328; Demolombe, t. II, n. 204, confrontato coi n[i] 59, 75, 150.

di questa morte, per invocare efficacemente qualsiasi diritto che da essa dipendesse (art. 1352, cod. civ.). Ma poichè ci parve dimostrato che in nessuno dei periodi dell'assenza sussista mai veramente la presunzione legale di morte dell'assente (1), non possiamo dunque per coerenza ammettere la proposta distinzione tra il caso dell'assenza semplicemente presunta, e quello dell' assenza giudizialmente dichiarata. Sì nell'uno che nell'altro di questi periodi, qualora venga reclamato un diritto dipendente dalla condizione della morte dell'assente, l'attore ha l'obbligo, pei principii generali di diritto, di provare l'esistenza di questa condizione, cioè che la morte dell'assente siasi verificata. In mancanza di ciò, la sua domanda, non appoggiata ad una presunzione legale, che dispensi da qualunque altra prova, a senso dell'art. 1352, cod. civ., dovrebb'essere respinta. Vero è bensì che quando sia stata pronunciata la dichiarazione giudiziale dell'assenza, anche coloro ai quali competano sui beni dell'assente diritti particolari dipendenti dalla condizione della morte di lui possono chiedere d'*essere ammessi all'esercizio temporaneo di questi diritti*, a tenore dell'art. 26, § 3°; e tale esercizio temporaneo può pure in seguito trasformarsi in definitivo nei casi e colle norme stabilite dall'art. 36. Ma codesta ammissione all'esercizio, ancorchè definitivo, non può pareggiarsi ad una vera ed irrevocabile attribuzione dei diritti predetti, come l'immissione in possesso, o temporaneo o definitivo, dei beni dell'assente, non conferisce a chi lo ottiene un vero diritto di proprietà sui beni medesimi (2). Certamente, allorchè verificandosi i casi e le condizioni stabilite negli articoli 26 e 36 del codice civile, taluno chiede d'essere ammesso all'esercizio, prima temporaneo, poscia definitivo, di determinati diritti che gli competano sopra beni dell'assente subordinatamente alla condizione della morte di lui, chi

---

(1) V. sopra, n. 134, p. 438, ss.
(2) V. sopra, n. 206, p. 924-927.

fa questa domanda non è tenuto a provare la morte dell'assente, perciò stesso che la legge ammette la proponibilità della domanda predetta *durante l'assenza*, vale a dire quando si suppone completamente incerto se l'assente esista o no. Ma ottenendo una tale ammissione all'esercizio, quantunque definitivo, e tanto più poi se meramente temporaneo, degli eventuali suoi diritti, costui li esercita a titolo di semplice *immissione in possesso*, non di vera e definitiva attribuzione dei diritti medesimi, non a titolo di proprietà. Se egli intende di farli riconoscere come a sè spettanti a questo titolo e irrevocabilmente — al che avrebbe interesse per gli effetti diversi che ne conseguirebbero — non può procedere in virtù ed a senso degli articoli 26 e 36 del codice civile, ma deve agire nelle vie ordinarie giudiziali, col carico quindi di somministrare la prova che siasi verificata la condizione da cui quei diritti dipendono, cioè la morte dell'assente. Abbiamo detto ottenersi effetti differenti secondochè si proceda nell'uno o nell'altro senso; e questo e gli altri concetti accennati intorno a questa materia, potranno ricevere maggiore chiarezza da qualche esempio.

Supponiamo che all'assente siano stati donati beni con patto di riversibilità, a norma dell'art. 1071, cod. civile, o che gli sia stato lasciato per testamento l'usufrutto di beni legati, quanto alla proprietà, ad altri. Al donante compete il diritto di riversione, al legatario della proprietà compete il diritto alla consolidazione dell'usufrutto, subordinatamente alla condizione della morte dell'assente. Finchè l'assenza sia soltanto *presunta*, è fuori di dubbio che quei diritti di riversione dei beni donati, di consolidazione dell'usufrutto colla proprietà, non potranno essere esercitati. Il *Proudhon*, nel luogo che abbiamo sopra citato, ne cercò la ragione nell'applicazione della massima “ *in pari causa possessor potior haberi debet* „. “ Se l'assente — egli disse — “ era investito, al tempo della sua scomparsa, d'un diritto “ d'usufrutto, il procuratore, l'amministratore giudiziale, o “ i creditori di lui, dovranno essere ammessi a percepirne

" gli emolumenti, fino a che il proprietario del fondo non " provi la morte dell'assente stesso; *perchè una volta messo " in possesso, e investito del diritto di godimento, egli deve " esservi mantenuto finchè non si provi che la condizione della " morte siasi verificata* „. A noi sembra però che la ragione vera non stia nell'applicazione della massima che il possesso attribuisca prevalenza, a parità delle altre condizioni tra i contendenti. Parità di condizioni neppure si verifica nel caso supposto. L'assente ha un diritto certo, fondato sul titolo costitutivo dell'usufrutto in suo favore, mentre il legatario della nuda proprietà ha un diritto attualmente incerto, quanto alla consolidazione dell'usufrutto, dipendendo essa dalla morte dell'usufruttuario. Così pure l'assente donatario ha un diritto certo, fondato sul titolo della donazione; mentre pel donante è incerta la riversione subordinata alla premorienza del donatario. La giustificazione della necessità che venga provata la morte dell'assente consiste, a nostro avviso, unicamente in ciò; che quella morte è la condizione da cui dipende l'invocato diritto di riversione o di consolidazione, ed ognuno è sempre tenuto a provare i fatti dei quali una sua domanda presupponga l'esistenza.

Pronunciata la dichiarazione d'assenza, e trascorsi sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza, i presunti eredi dell'assente possono chiedere la immissione nel possesso temporaneo dei beni di lui; e il donante con patto di riversibilità, e il proprietario dei beni legati in usufrutto all'assente, possono essi pure — a termini dell'art. 26 — domandare, in contraddittorio degli eredi, d'*essere ammessi all'esercizio temporaneo di quei diritti*. Tutto ciò — ben s'intende — senza che debba esser provata la morte dell'assente, chè anzi, come già notammo, questa prova non sarebbe possibile, dappoichè si suppone l'*assenza* del donatario o del legatario dell'usufrutto, il che val dire la incertezza s'egli esista o sia morto. Però, essendo ammessi all'esercizio temporaneo del diritto di riversione o di consolidazione dell'usufrutto, il donante o il legatario della

proprietà non ottengono che la semplice amministrazione, ed il godimento, nei limiti stabiliti dalla legge, delle rendite dei beni formanti oggetto di quei loro diritti, mentre, se potessero provare che l'assente fosse morto, avrebbero la piena proprietà di questi beni. E se fosse vero quanto affermava il *Demolombe*, che " dopo la dichiarazione d'assenza, " *la presunzione di morte militasse in favore di tutti quelli* " *che reclamino sui beni dell'assente diritti subordinati alla* " *condizione della sua morte* „ questa presunzione stessa varrebbe come prova, a norma dell'art. 1352, cod. civile; e quindi, sul fondamento di essa il donante con patto di riversibilità, il legatario della nuda proprietà dei beni lasciati in usufrutto all'assente, potrebbero far valere sui beni donati o legati il diritto di proprietà piena.

Quando l'assenza sia stata continuata per lo spazio di trent'anni dopo la immissione nel possesso temporaneo, o quando siano trascorsi cento anni dalla nascita dell'assente, e le ultime notizie di lui risalgano almeno a tre anni addietro, le *parti interessate* — e tra esse anche il donante con patto di riversibilità, il legatario della nuda proprietà dei beni lasciati in usufrutto all'assente — possono fare istanza al tribunale, secondo l'art. 36, codice civile, perchè sia resa definitiva quell'ammissione all'esercizio dei loro diritti, che avevano prima ottenuta temporaneamente soltanto. Conseguita però questa immissione definitiva, coloro che la ottennero acquistano bensì sui beni che ne formano oggetto pieni poteri di amministrazione, e libera facoltà di disposizione (art. 37, cod. civ.), ma non hanno ancora la proprietà vera ed irrevocabile di quei beni; tanto che, se l'assente ricomparisce o ne viene provata l'esistenza, i beni stessi gli ritornano nello stato in cui si trovano, e se siano stati alienati, l'assente ricomparso ha diritto di conseguire il prezzo che sia tuttora dovuto, od i beni nei quali il prezzo medesimo sia stato investito. Se invece il donante con patto di riversibilità o il legatario della nuda proprietà potesse provare la morte dell'assente donatario, o del legatario dell'usufrutto,

egli avrebbe assicurata la piena ed irrevocabile proprietà dei beni formanti oggetto della donazione o del legato, e qualora li avesse alienati, nessuno potrebbe reclamarne il prezzo, sebbene tuttora dovuto, nè rivendicare i beni nei quali il prezzo fosse stato investito. E qui pure, se fosse vero che dichiarata l'assenza fosse presunta per legge la morte dell'assente, sorgendo da ciò la piena prova di questo fatto, che è condizione da cui dipende la riversione dei beni donati all'assente stesso sotto il patto contemplato dall'articolo 1071, cod. civile, e la consolidazione dell'usufrutto lasciato per testamento all'assente sovra beni legati in nuda proprietà ad altri, dovrebbe seguirne che la riversione e consolidazione predetta avessero tutto il loro effetto sino dal giorno in cui fosse spirato il termine dei sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza dichiarante l'assenza, e che perciò nè l'assente ricomparendo ricuperasse quei beni o il loro usufrutto, nè se il donante con patto di riversibilità, o il legatario della nuda proprietà avesse alienati i beni medesimi, potrebbe l'assente, o chi lo rappresentasse, conseguire il prezzo dell'alienazione, quantunque ancora dovuto, od i beni nei quali il prezzo fosse stato investito.

Una riprova di tutto ciò si ha pure, per quanto ci sembra, nella disposizione dell'art. 41 del nostro codice. Ivi è detto che " se dopo l'immissione nel possesso definitivo *viene* " *provato il tempo della morte dell'assente*, coloro che... " avessero acquistato un diritto in conseguenza della morte, " od i loro successori, possono proporre le azioni loro " competenti ". Dunque le azioni corrispondenti ai diritti dipendenti dalla condizione della morte dell'assente non sono proponibili, neppure dopo l'immissione nel possesso definitivo, se non quando *venga provato il tempo di quella morte*; salvo solo, indipendentemente da questa prova, dopo la dichiarazione di assenza, e purchè concorrano le condizioni stabilite negli art. 26 e 36 del codice civile, di poter chiedere l'ammissione all'esercizio, prima temporaneo, poi

anche definitivo di quei diritti stessi, a titolo però di semplice *immissione in possesso*.

Ritenuto ciò, quanto ai diritti eventualmente dipendenti in favore d'altri dalla morte dell'assente, sui beni stessi che egli possedeva al tempo della sua scomparsa o delle ultime sue notizie — come appunto quelli che a lui fossero stati donati con patto di riversibilità, o che gli fossero stati lasciati per testamento in semplice usufrutto — è chiaro poi che tanto meno potrebbesi prescindere dalla necessità di provare la morte effettivamente avvenuta dell'assente allorchè si trattasse di diritti da esercitarsi, subordinatamente alla condizione di quella morte, non già da altri sui beni lasciati dall'assente, ma dagli eredi presunti di lui, posti in possesso dei beni medesimi, sul patrimonio di terze persone. Supponiamo che l'assente abbia stipulato da una società d'*assicurazioni sulla vita* una prestazione da pagarsi, in caso di morte dell'assicurato, ai suoi eredi. Nè la presunzione, nè la dichiarazione di assenza dello stipulante, nè anche la stessa immissione nel possesso definitivo a favore dei presunti eredi di lui, potrebbe autorizzare questi a domandare il soddisfacimento della prestazione pattuita; sarebbe necessario provare la morte dell'assicurato, che è la condizione dalla quale dipende per contratto il diritto dei presunti eredi di lui contro la società assicuratrice. Qualche autore, ammettendo una tale proposizione come *incontestabile in principio*, ha reputato però ch'essa " dovrebbe " cessare di ricevere applicazione *qualora fossero trascorsi* " *cento anni dalla nascita dell'assente;* nel qual caso sarebbe " ragionevole ammettere una *presunzione di morte*, suffi- " ciente per surrogare la prova della morte dell'assente „ (1). Non crediamo però che questa eccezione possa ritenersi in termini così assoluti. La legge ammette, è vero, che trascorsi cento anni dalla nascita dell'assente — e purchè, secondo l'art. 36 del nostro codice, concorra l'altra condizione che

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 157, nª 21.

le ultime notizie di lui risalgano almeno a tre anni addietro — si faccia luogo a pronunziare la *immissione nel possesso definitivo*. Motivo di questa ammissione è la grande probabilità che l'assente non sia sopravvissuto a così tarda età, probabilità accresciuta ancora dalla mancanza d'ogni notizia di lui da tre anni almeno: ma con tutto ciò non può dirsi ancora accertata la morte da una *presunzione legale* (1). Com'è dunque sostenibile che il compimento dei cento anni dal dì della nascita dell'assente *equivalga alla prova della morte di lui?* Tutto quello che può ammettersi è, che quella circostanza costituisca una *presunzione di fatto*, la quale congiunta ad altre, gravi, precise e concordanti (art. 1354, cod. civ.), o corroborata da altri mezzi di prova, possa, a prudente apprezzamento dei giudici, dar luogo a ritenere accertata la morte dell'assente, quantunque non risulti da un atto regolare iscritto nei registri dello stato civile.

Ci occupammo altra volta di un caso, che veramente rientrerebbe nella categoria dei diritti subordinati alla condizione della morte dell'assente, ed esercibili dai presunti eredi di lui contro una terza persona; ed è quello della moglie assente, i cui presunti eredi, immessi nel possesso dei beni, domandassero al marito di lei la restituzione della dote. Dicemmo allora che questa restituzione non potrebbe essere chiesta, non solo durante il periodo della presunzione di assenza della moglie, ma neppur dopo la dichiarazione giudiziale dell'assenza, finchè l'immissione in possesso fosse soltanto temporanea; ma che quando questa si cangiasse in definitiva, si farebbe luogo alla restituzione della dote (2). Ciò potrebbe sembrare in contraddizione colla massima generale ora ritenuta, che quando si tratti di diritti subordinati alla condizione della morte dell'assente e che si vogliano esercitare dai presunti eredi

---

(1) V. sopra, n. 134, p. 445-447.
(2) V. sopra, n. 170, p. 685-691.

di lui contro terze persone, sia necessaria la prova dell'avvenuta morte, qualunque sia il periodo in cui l'assenza si trovi, ancorchè l'immissione in possesso sia stata ottenuta definitivamente. Però è da aversi riguardo alla specialità dei rapporti tra il coniuge rimasto presente, ed i presunti eredi dell'altro, assente, posti in possesso dei di lui beni. La legge ammette il coniuge dell'assente a reclamare temporaneamente ciò che gli spetta in forza delle convenzioni matrimoniali e per titolo di successione (art. 26, § ultimo, cod. civ.); e tutto questo gli concede poi a titolo d'immissione definitiva in possesso qualora siano trascorsi trenta anni dopo la immissione temporanea, ovvero cento anni dalla nascita dell'assente e tre anni dalle ultime notizie di lui (art. 36, cod. civ.). Ora, sarebbe assurdo che il coniuge presente potesse nel medesimo tempo chiedere il possesso definitivo dei diritti che gli competerebbero sui beni del coniuge assente, supponendo avvenuta la morte di lui, ed esercitare i diritti che gli spettano durante il matrimonio. È necessario che i rapporti tra i coniugi siano risolutamente definiti; perchè altrimenti l'incertezza della loro determinazione potrebbe continuare senza limiti, se non giungessero mai notizie nè della vita nè della morte del coniuge assente. E poichè è nello spirito della legge che nello stadio del possesso definitivo le ragioni patrimoniali dell'assente siano sistemate come se la morte di lui fosse accertata, ci parve perciò che da quel momento i rapporti fra i coniugi dovessero regolarsi come per lo scioglimento del matrimonio, nè potesse ammettersi che il coniuge presente continuasse indefinitamente ad approfittare dei vantaggi che gli derivano dal matrimonio esistente, ad esercitare l'usufrutto sui beni costituiti in dote, se assente è la moglie. Ma queste speciali ragioni non sussistono, com'è manifesto, allorchè si tratti semplicemente di diritti stipulati dall'assente sotto la condizione della sua morte in profitto dei propri eredi. Tra questi, immessi nel possesso, sia pure definitivo, dei beni, ed i terzi verso i quali l'assente

ha fatta la stipulazione, non si tratta di rapporti reciproci, che occorra di regolare fondandosi sulla supposizione o della vita o della morte dell'assente; ma si tratta di semplici ragioni di credito dei presunti eredi verso terze persone, ragioni di credito dipendenti dalla condizione della morte dell'assente, e che perciò non possono essere esercitate, se non somministrando la prova positiva che tale condizione siasi avverata; bene inteso però che la prova potrà desumersi, in mancanza dell'atto di stato civile, da altri mezzi; tra i quali — come già avvertimmo — sarebbe da comprendersi anche la presunzione di fatto deducibile dall'essere trascorsi più che cento anni dalla nascita dell'assente.

Può avvenire eziandio che qualche diritto, dipendente dalla condizione della morte dell'assente, competa, non ai presunti eredi di lui contro terze persone, ma ad estranei contro altri estranei. Per esempio, è stato fatto un legato in favore di una persona sotto la condizione della premorienza a lei di un'altra, che è divenuta assente. In simili casi tanto meno potrebbesi dubitare della necessità, per esercitare il diritto al legato, che fosse positivamente accertata la morte dell'assente, nè potrebbesi reputare equivalente a questa prova la dichiarazione giudiziale dell'assenza, ancorchè ne fosse già seguita la immissione dei presunti eredi nel possesso definitivo dei beni; poichè questa immissione in possesso sarebbe affatto estranea ai rapporti tra il creditore ed il debitore.

Da ultimo è da considerarsi ancora il caso di diritti subordinati alla condizione della morte dell'assente e competenti a terze persone contro altre, le quali abbiano causa dall'assente medesimo. Per esempio, è stata fatta sotto patto di riversibilità una donazione a persona che ha alienati i beni formanti oggetto della liberalità, ed è poi divenuta assente: il donante vorrebbe rivendicare i beni contro il terzo acquirente, senza somministrare la prova che l'assente sia morto. Vi furono autori che insegnarono non essere ammissibile la rivendicazione durante lo stadio della

immissione provvisoria in possesso, ma invece divenir quella ammissibile dopo che sia pronunziata l'immissione definitiva. Per essere più precisi, riferiamo le loro stesse parole:

" Se l'assente avesse alienati beni donatigli sotto condi- " zione di riversibilità... il donante, non sarebbe ammesso, " in virtù dell'autorizzazione che avesse ottenuta di eser- " citare provvisoriamente i propri diritti, a rivendicare " questi beni contro i terzi acquirenti;... ma, dopo l'immis- " sione in possesso definitivo, il donante, sotto patto di " riversibilità, potrebbe reclamare dai terzi acquirenti i " beni donati, che l'assente avesse alienati „ (1). Senza mancare al rispetto, che professiamo grandissimo all'autorità di quei giureconsulti, ci sembra di scorgere in queste loro proposizioni un equivoco. Parlando dell'immissione in possesso temporaneo o definitivo intendono essi di riferirsi — come pare — a quella che il donante chiedesse o potesse avere ottenuto dei beni da lui donati all'assente sotto patto di riversibilità, e trasmessi dall'assente medesimo a terzi acquirenti? Ma questa è un'ipotesi impossibile; perchè l'immissione in possesso non può mai avere per oggetto che i beni lasciati dall'assente, quelli che formavano parte del suo patrimonio, quegli ch'egli possedeva al tempo della sua scomparsa o delle ultime sue notizie. Ora, i beni dei quali si parla non facevano già più parte del patrimonio dell'assente, poichè erano stati trasmessi legittimamente, quantunque sotto la stessa condizione di riversibilità, a terzi acquirenti; e dato che il diritto di riversione potesse essere esercitato, non lo sarebbe ormai sopra beni lasciati dall'assente, ma sopra beni posseduti a titolo di proprietà da un terzo. Dunque non è possibile parlare di esercizio, nè temporaneo nè definitivo, che il donante possa chiedere, a senso degli articoli 26 § 3° e 36 del codice civile, del diritto di riversione che gli competerebbe su quei beni. Non è concepibile che un'*azione di rivendicazione* — come gli

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 153, n.ª 38, § 157, n.ª 20.

stessi autori accennano — la quale possa essere esercitata dal donante contro i terzi acquirenti, giovandosi della riversibilità; ma per valersi utilmente di quest'azione, egli ha bisogno, in ogni caso, di provare che siasi verificata la condizione da cui la riversione dipende, cioè la morte dell'assente donatario. Ovvero i lodati autori intenderebbero di riferirsi all'immissione in possesso, ottenuta dai presunti eredi, di tutti i beni componenti il patrimonio dell'assente? Ma questa immissione in possesso è un fatto completamente estraneo tanto al donante con patto di riversibilità, quanto al terzo acquirente dei beni donati, e perciò nè all'uno nè all'altro può giovare o nuocere, e deve riguardarsi, relativamente a loro, come non avvenuto. Non crediamo perciò sostenibile l'insegnamento dei predetti autori, che " le persone chiamate ad esercitare, sovra determinati " beni alienati dell'assente, dei diritti subordinati alla con- " dizione della morte di lui, e che non avendo potuto pro- " vare questa morte, non siano state ricevibili, durante la " immissione in possesso provvisorio, a chiederne la rea- " lizzazione contro i terzi detentori di quei beni, *siano au- " torizzate a farlo dopo la immissione in possesso definitivo* ". Crediamo invece, che qualunque sia lo stadio in cui si trovi l'assenza di chi ha ricevuto una donazione con patto di riversibilità, il donante non possa reclamare i beni donati, contro i terzi in cui favore l'assente donatario li abbia alienati, se non *provando la morte* dell'assente medesimo.

Tali sono i principii coi quali pensiamo doversi regolare il caso, non contemplato da disposizione espressa della legge, in cui si tratti di reclamare diritti dipendenti dalla condizione della morte d'una persona, della quale s'ignori se tuttora esista.

Ma ritorniamo alla disposizione del nostro articolo 42 riguardante i diritti, l'attribuzione dei quali presupponendo necessariamente che la persona in cui favore si aprirono fosse in vita all'istante in cui tale aprimento si verificava, non possono quindi i diritti medesimi essere reclamati da

altri in nome di quella persona, se non provando ch'essa esistesse nel momento predetto. Enunciamo così la regola dell'art. 42 sotto l'aspetto più ampio, non limitandola ai soli casi di *assenza*, quantunque questa regola si trovi scritta sotto il titolo appunto dell'assenza, e in una sezione che tratta degli *effetti di essi riguardo alle ragioni eventuali che possano competere all'assente*. Certamente l'assenza della persona sarà la causa ordinaria dell'incertezza della esistenza di lei al momento in cui nacque in suo favore un determinato diritto; ma non è lecito affermare che quella debba esserne la causa esclusiva; e qualora altre se ne verificassero, dovrebbe egualmente essere osservata la regola predetta, che è una semplice applicazione dei principii generali intorno all'onere della prova.

Suppongasi avvenuto l'aprimento d'una successione, a cui sarebbe chiamata una persona, la quale non è mai stata assente nel vero senso della parola, ma passò in lontano paese gli ultimi anni della sua vita, e sapendosi con certezza che è morta, s'ignora tuttavia il tempo preciso nel quale il decesso sia avvenuto, nè quindi è accertato se vivesse ancora nel giorno in cui quella successione si è aperta. Gli eredi di questa persona non potrebbero reclamare in luogo di lei quei diritti di successione, se non provassero che il loro autore esisteva ancora quando si aprì la successione a cui era chiamato, e quindi ne acquistò il diritto e lo trasmise ai successori propri.

È notevole che l'articolo 42 parla soltanto di diritti che taluno reclami in *nome d'altra persona;* come quando siano i presunti eredi di questa persona stessa, od un procuratore di lei, o l'amministratore nominatole dal tribunale, in caso di presunta assenza, o gl'immessi in possesso dei di lei beni in caso di assenza dichiarata, od i suoi creditori. Ed è infatti troppo evidente che *qualora si tratti di diritti subordinati alla sopravvivenza della persona in un determinato istante*, se la persona medesima si presentasse in giudizio a reclamare quei diritti, sarebbe assurdo chiederle la prova della sua esistenza

al tempo anteriore in cui essi si aprirono. Così, quando fosse una successione reclamata da colui stesso al quale sarebbe devoluta; quando un creditore venisse a chiedere la somma che altri si fosse obbligato di pagargli entro un dato tempo, sotto condizione che il creditore medesimo vivesse ancora alla scadenza di questo termine; quando quegli a cui vantaggio forse stata costituita una rendita vitalizia venisse a formare la domanda pel pagamento delle prestazioni scadute; in questi ed altri casi simili sarebbe manifestamente inapplicabile la regola dell'art. 42. Ma quando invece si trattasse di *diritti subordinati all'essere cominciata in un determinato momento l'esistenza della persona a cui essi sarebbero attribuiti*, ritornerebbe applicabile la detta regola, quantunque il diritto venisse esercitato in nome proprio da quella stessa persona. Per esempio, se chi pretende di avere diritto ad una successione, di cui altri siasi posto in possesso, agisca contro quest'ultimo in petizione d'eredità, incomberà all'attore, *in caso di contestazione*, l'onere di provare ch'era nato, od almeno concepito al tempo dell'aprimento della successione reclamata (art. 724, n. 1°, 764, codice civile).

Oltre a ciò, anche i *diritti subordinati alla sopravvivenza d'una persona in un determinato istante* ed esercitati in nome proprio da quello stesso a cui competono, possono talvolta lasciare luogo all'obbligo di provare l'esistenza di tale persona in quel momento. E ciò può avvenire allorchè la persona, dalla cui esistenza i diritti dipendano, non sia quella medesima a cui essi competano, ma sia un terzo. Così nella *rendita vitalizia costituita sulla vita di un terzo, non avente diritto alla rendita medesima* (art. 1792, cod. civ.) il proprietario di essa, per poter reclamare le pensioni maturate, dovrebbe, in ogni caso di contestazione, provare la esistenza di quel terzo.

Il caso più frequente di applicazione del principio proclamato nell'art. 42 del cod. civile, è però sempre quello *di diritti reclamati in nome d'altra persona*, come in quell'articolo è supposto. Così, se colui in favore del quale un

diritto di successione, di credito, od altro sarebbesi aperto, sia morto al tempo in cui quel diritto verrebbe esercitato dai successori che lo rappresentano, avranno questi l'obbligo di provare, qualora sia contestato, che il loro autore esisteva ancora al tempo nel quale aprivasi a profitto di lui il reclamato diritto. Così parimenti, il cessionario di un credito stipulato sotto l'espressa condizione che il creditore esistesse ancora in un determinato tempo futuro, dovrebbe pur provare, se non fosse riconosciuto dalla parte avversaria, che il cedente fosse sopravvissuto fino a quel tempo. Così finalmente, se colui, al quale in origine avrebbe appartenuto il diritto invocato, fosse assente al tempo in cui se ne intentasse l'esercizio, gl'immessi in possesso dei beni dell'assente medesimo, i quali rappresentandolo, a senso dell'art. 28, cod. civile, volessero promuovere in giudizio quelle ragioni di successione, od altre, avrebbero l'onere, in caso di contestazione, di provare che il loro rappresentato esisteva allorchè si verificò l'apertura di tali diritti in suo favore. E supposto che l'aprimento ne fosse avvenuto durante l'assenza, in mezzo a quella incertezza, che n'è caratteristica, intorno alla vita od alla morte dell'assente, diverrebbe quindi impossibile, in tale stato di cose, l'esercizio attuale di quel diritto: non già perchè — come taluni affermano — *si presuma la morte dell'assente*, per ciò che riguarda i diritti eventuali che si aprano a benefizio di lui durante l'assenza; ma perchè *l'incertezza sulla esistenza della persona, al tempo nel quale i diritti si sono aperti*, basta a paralizzarne frattanto l'esercibilità, ed a produrre quindi un effetto eguale a quello che deriverebbe dalla presunzione di morte.

Lo stesso articolo 42 suppone che *s'ignori l'esistenza* della persona, in cui nome altri venga a reclamare un diritto; e manifestamente intende parlare della ignoranza in cui siasi intorno a ciò al tempo della controversia. Se infatti a questo tempo *sia certa l'esistenza di quella persona*, non può esser dubbio, e sarebbe strano che si ricercasse la

prova, ch'essa esisteva quando nacque il diritto reclamato in suo nome; eccettochè si trattasse del caso speciale, avvertito già sopra, di *diritti subordinati all'essere già cominciata, al tempo in cui essi si fossero aperti, l'esistenza della persona alla quale si vorrebbe attribuirli.* Ora la certezza dell'esistenza attuale della persona, in cui nome si eserciti un diritto, può conseguirsi — per quanto concerne gli effetti relativi all'oggetto della controversia, ed i rapporti fra le parti contendenti — in due modi diversi: o per l'ammissione di questo fatto da parte del convenuto, o per la prova che altrimenti ne somministri l'attore. Tanto nell'uno che nell'altro caso non verificandosi adunque la supposizione dell'art. 42, che *s'ignori l'esistenza della persona* in cui nome vengano invocati diritti, non avrà applicazione la regola enunciata nel medesimo articolo, che chi reclama il diritto sia tenuto a provare che la persona per la quale agisce *esisteva quando quel diritto è nato.* Non potrebbesi certamente interpretare la disposizione nel senso che fosse sempre necessaria, a carico dell'attore, la prova della esistenza della persona, anche quando il convenuto ammettesse ciò per vero. In quella disposizione non si è fatto — come già notammo — che richiamare un principio fondamentale di diritto circa l'onere della prova; bisogna quindi applicarlo in conformità di tutto il sistema relativo a quest'onere. Ora, è certo che la necessità della prova non può sorgere che dalla contestazione. Se il fatto allegato da una parte contro l'altra venga da quest'ultima riconosciuto per vero, ciò stesso lo prova abbastanza rispetto a lei, nè può esservi bisogno di ricorrere ad altri mezzi.

La espressione dell'articolo 135 del codice Francese, nel testo originale, era in parte diversa da quella del corrispondente art. 42 del nostro, essendosi parlato di *diritto spettante ad un individuo, la cui esistenza non sia riconosciuta:* la quale circonlocuzione era stata sostituita alla semplice parola *assente,* usata nel progetto, essendo apparso che potesse produrre equivoco, dando luogo a restringere l'ap-

plicazione della disposizione al solo caso di *assenza dichiarata*, mentre s'intendeva di comprendervi pure quello della *assenza presunta*. Però nella traduzione ufficiale del codice Napoleone pel regno d'Italia fu mutata di nuovo la frase, dicendo: " chiunque reclamerà un *diritto competente a per-* " *sona di cui s'ignori la esistenza* „. Dispose in identici termini il codice pel regno delle Due Sicilie nell'art. 141. Nel progetto pel codice Albertino era stata proposta una formola equivalente. Ma ai due Senati di Piemonte e di Savoia parve che si desse luogo con ciò a supporre che fosse sempre necessaria la prova della esistenza della persona al tempo in cui si fosse aperto in favor suo un diritto, ancorchè questo fatto venisse ammesso dalla parte avversaria: e per togliere intorno a ciò ogni dubbiezza fu steso l'ar. 99 di detto codice in questi termini: " Chiunque recla- " merà un diritto competente *a persona la cui esistenza non* " *sia riconosciuta*, dovrà provare che la medesima persona " esisteva quando si è fatto luogo a tale diritto „. Nell'articolo 67 del codice Estense si disse invece: " *persona la* " *cui esistenza non è conosciuta* „; il che corrisponde al concetto risultante dalla dizione dell'articolo 42 del codice Italiano " *persona di cui s'ignora la esistenza* „. Questa espressione fu preferita a quella del codice Albertino — ch'era stata pure riprodotta nell'art. 43 del progetto *Pisanelli* — probabilmente per non lasciar luogo al dubbio che bastasse il non riconoscersi dal convenuto l'esistenza della persona, in cui nome venisse reclamato un diritto, per obbligare l'attore a dover provare che quella persona esistesse quando nacque il diritto reclamato in nome di lei. Non può infatti dipendere dalla sola volontà dell'avversario di porre a carico del reclamante l'onere di questa prova, col disconoscere l'esistenza della persona a cui favore il diritto controverso sarebbesi aperto. Bisogna che la denegazione del convenuto abbia un ragionevole fondamento; e spetterà ai tribunali il riconoscere se ciò sia, e fare ragione alla domanda se le circostanze dimostrino abbastanza

certa la esistenza di quella persona, quantunque il convenuto non la riconosca (1). È appunto questo potere di apprezzamento spettante ai giudici, che rimuove — come già osservammo nell'altro numero — l'inconveniente di impedire ad una persona l'esercizio dei diritti che si aprano in suo favore solo perchè si trovi momentaneamente lontana, senzachè però ne sia resa incerta la esistenza.

Ma, d'altra parte, non si devono neppure esagerare le conseguenze della massima, risultante dal testo del nostro articolo 42, che quando *s'ignori l'esistenza della persona*, in nome della quale vengano esercitati diritti, il reclamante sia tenuto a provare che la persona stessa esisteva quando quei diritti nacquero. Innanzi tutto, basta — come dimostrammo — che la parte, contro la quale è promossa l'azione, riconosca l'esistenza della persona, o a dir meglio basta che si acquieti alla domanda promossa per l'esercizio del diritto, ancorchè veramente sia incerta l'esistenza della persona a cui esso competerebbe. La parte è libera di disporre come le piaccia del proprio interesse privato; e può avere buone ragioni di non volersi approfittare del mezzo che le offrirebbe la legge onde porre a carico dell'attore la prova della esistenza della persona in cui nome agisce, sia per un equo riguardo a quella persona od a chi la rappresenta, sia per non esporsi ad un litigio, ed a subire più tardi la necessità d'una nuova divisione, qualora si tratti d'un diritto di successione con altri. In secondo luogo, può darsi — come pure notammo superiormente — che non vi sia *incertezza sulla esistenza della persona*, perchè sia positivamente nota l'avvenuta morte di lei, ma non conoscendosi precisamente il giorno in cui tale morte siasi verificata, rimanga dubbio se quella persona esistesse ancora allorchè nacque in favore di lei il diritto controverso; ed in tal caso pure la prova di questo

(1) V. Demolombe, t. II, n. 205.

fatto sarebbe indispensabile, e starebbe a carico di chi reclama il diritto.

Si è chiesto: se nella ipotesi che taluno abbia reclamato un diritto in nome d'altra persona, e il convenuto abbia opposto ignorarsi l'esistenza di questa, ma il tribunale abbia respinto il mezzo di difesa, ritenendo che non sussistesse l'addotta incertezza della esistenza della persona, ovvero che lo stesso convenuto abbia aderito alla domanda, e perciò nell'uno o nell'altro caso sia stato ammesso il reclamante all'esercizio del diritto invocato, possa ancora colui, in danno del quale esso fu esercitato, ripetere contro chi lo reclamò i beni che ne formarono oggetto, specialmente dopo che della persona, in cui nome venne esercitato il diritto, sia stata in seguito *dichiarata l'assenza*. E fu risposto affermativamente, per queste principali ragioni: 1° che dichiarata l'assenza si presume la morte dell'assente, e questa presunzione risale fino al giorno in cui si ebbero le ultime notizie di lui; 2° che tanto la statuizione del tribunale, quanto la spontanea adesione del convenuto alla domanda dell'attore, sono da riguardarsi come *provvisorie, condizionali*, dipendenti dallo stato attuale delle cose, e perciò i cangiamenti che sopravvengano, e in forza dei quali sia dichiarata l'assenza, debbono dar luogo a nuova azione esercibile dagli interessati (1).

Lasciamo da parte il primo di questi argomenti, perchè crediamo di aver dimostrato, ed abbiamo già avuto occasione di ripetere molte volte, che neppure la dichiarazione dell'assenza costituisce una presunzione legale di morte dell'assente. Reputiamo nondimeno irrecusabile la massima, che qualora sopraggiunga quella incertezza sulla esistenza della persona, che non vi era quando fu reclamato per la prima volta in nome di lei un diritto, la decisione proferita dal tribunale, o l'acquiescenza volontaria del con-

(1) V. PROUDHON, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, c. XX, s. III, § 3, p. 284; DURANTON, t. I, n. 536; ZACHARIAE, t. I, § 158, nª 11; DEMOLOMBE, t. II, n. 206; AUBRY e RAU, t. I, § 158, nª 10.

venuto, in forza di cui sia stato ammesso l'esercizio del diritto medesimo a vantaggio di quella persona, non faccia ostacolo a potersi da chi soccombette nel giudizio, o volontariamente rilasciò i beni, rivendicarli ancora da chi li ottenne. La causa di questa rivendicazione, il fondamento giuridico della domanda, consiste in quei fatti nuovi che producono incertezza sulla esistenza della persona in cui nome fu esercitato il diritto; quella incertezza che dal tribunale, o dalla stessa parte interessata, colla sua spontanea acquiescenza, fu riconosciuto che non sussisteva quando il diritto fu reclamato. Ciò dunque impedisce che all'azione per ricuperare i beni, che formarono oggetto del diritto medesimo, possa essere opposta l'autorità della cosa giudicata, o la precedente volontaria ammissione del diritto reclamato. Questa considerazione, però, non è limitata alla sola ipotesi d'una posteriore *dichiarazione giudiziale di assenza;* ma sta egualmente nel caso in cui non essendovi ancora che *assenza presunta*, sia sopravvenuta, ad ogni modo, per nuove circostanze verificatesi, quella *incertezza sulla esistenza della persona* che non vi era prima.

Un esempio renderà più chiaro il pensiero. Taluno s'è imbarcato per un lungo viaggio, lasciando un procuratore, che aveva abilitato a rappresentarlo in tutti i suoi affari, anche per atti eccedenti l'amministrazione ordinaria, anche per accettare eredità che s'aprissero in suo favore. Poco dopo si è infatti verificato l'aprimento d'una successione, alla quale il mandante sarebbe chiamato a concorrere con altri; e il procuratore si è affrettato a reclamare i diritti spettanti in questa successione al suo mandante. I coeredi lo hanno ammesso alla partecipazione della eredità ed alla divisione dei beni; oppure essendosi essi opposti, il tribunale ha ritenuto non esservi incertezza dell'esistenza del coerede che non era attualmente sul luogo, ed ha accolta la domanda del suo procuratore. Più tardi però giungono notizie del naufragio della nave su cui questo tale viaggiava, e il giorno del disastro accertato sarebbe anteriore a quello in cui si aprì

la successione predetta; si sa che pochi dei viaggiatori si salvarono, ma se ne ignorano i nomi. In questo stato di cose i coeredi, che volontariamente o forzatamente ammisero quella persona a concorrere con loro nella successione, agiscono contro il procuratore per ottenere la restituzione dei beni. Crediamo che la domanda sarebbe ammissibile, non ostante la mancanza della dichiarazione di assenza; dappoichè la notizia del naufragio, sopravvenuta, è una circostanza nuova, la quale rende incerta l'esistenza della persona, che era stata ammessa a concorrere alla successione solo perchè nello stato di cose d'allora quella incertezza non era reputata sussistere; ed è quindi sopra una *causa diversa*, che si fonda la domanda di rivendicazione dei beni promossa dai coeredi. Ben s'intende che codesta rivendicazione non potrebbe essere a titolo di proprietà irrevocabile, fondandosi essa unicamente sull'incertezza dell'esistenza della persona chiamata a concorrere alla successione, e sul non essere provato che quella persona esistesse almeno al momento in cui la successione si aprì; che quindi rimarrebbe riservata ancora l'azione in petizione di eredità, non solo a vantaggio della persona stessa, qualora ricomparisse o ne giungessero notizie (art. 44, cod. civ.) ma ancora a profitto dei successori di lei, quando potessero in seguito somministrare la prova che il loro autore fosse stato ancora vivente al tempo dell'aprimento della successione a cui era chiamato.

Per potere reclamare un diritto in nome di persona di cui s'ignora l'esistenza, è necessario — dice l'art. 42 — provare " ch'essa esisteva quando quel diritto è nato „. S'intende *nato un diritto* quando esso è perfetto in tutti gli elementi necessari affinchè abbia vita giuridica e sia atto a produrre tutti gli effetti che sono propri della natura sua, allorchè quindi entra a far parte del patrimonio della persona a cui viene attribuito, ed è per lei *acquisito*. Ad esempio, un diritto dipendente da contratto è nato al momento nel quale pel consenso delle parti, col concorso

delle altre condizioni richieste dalla legge, è stato perfetto il contratto medesimo; ancorchè l'obbligazione dell'altra parte, corrispondente a quel diritto, sia subordinata ad una *condizione sospensiva* non ancora verificata, perchè, sebbene dall'avvenimento futuro ed incerto costituente una tale condizione, dipenda l'obbligazione (art. 1158 § 1°, cod. civ.) e questa perciò svanisca qualora la condizione non si avveri, se al contrario l'evento contemplato si compia, l'effetto n'è *retroattivo* fino al giorno in cui l'obbligazione fu contratta (art. 1170, cod. civ.), e il solo inadempimento della condizione potendo sciogliere il vincolo giuridico sorto dalla convenzione, il diritto che vi corrisponde è perciò *acquisito*, fa parte del patrimonio dello stipulante, e morendo egli prima dell'avveramento della condizione, *le sue ragioni passano al suo erede* (d° art. 1170, cod. civ.).

Invece, un diritto dipendente da disposizione testamentaria deve generalmente reputarsi nato al momento in cui siasi aperta la successione, per la morte del testatore (articolo 923, cod. civ.) al quale sopravviva il beneficato (articolo 890, cod. civ.). Ma se la disposizione sia stata fatta sotto una condizione sospensiva, rimanendo la disposizione stessa priva di effetto qualora il beneficato muoia prima che siasi verificata la condizione (art. 853, cod. civ.), il diritto corrispondente non fa veramente parte del suo patrimonio, non è acquisito, non è trasmissibile, non può quindi dirsi *nato*, se non dal giorno dell'avveramento della condizione.

Con queste medesime norme dovrà dunque regolarsi l'applicazione dell'art. 42. E se il procuratore d'una persona, che si è allontanata intraprendendo un lungo viaggio, o l'amministratore nominato dal tribunale ad un assente presunto, o gli immessi in possesso dei beni d'un assente dichiarato, reclameranno in nome di quella persona diritti ch'essa aveva stipulati per contratto, ancorchè subordinati ad un avvenimento futuro ed incerto, ed ancorchè al tempo

in cui promuovono l'esercizio di tali diritti si ignori se quella persona sia ancora vivente, non avranno a tale uopo alcun bisogno di provare ch'essa esisteva al tempo in cui la condizione si è verificata. Ma saranno tenuti a somministrare una simile prova, ed in mancanza di essa sarà inammissibile la domanda per i diritti reclamati in nome della persona di cui s'ignori l'esistenza attuale, qualora tali diritti, subordinati a condizione sospensiva, dipendano da una disposizione testamentaria.

235. — I *diritti eventuali*, che si aprano in favore di una persona durante l'assenza di lei, possono riguardare una *universalità*, ovvero *beni particolari*.

La prima di queste classi di diritti è costituita da quelli di successione legittima o testamentaria, che si aprano durante l'assenza di una delle persone le quali vi sarebbero chiamate.

Dell'altra classe possono darsi molti esempi, tra i quali i seguenti:

Il legato disposto *puramente e semplicemente* nel testamento d'una persona morta durante l'assenza del legatario, forma, relativamente a quest'ultimo, uno di quei diritti eventuali, che sono contemplati nell'art. 42; poichè il legato non potendo avere effetto se il legatario non sopravvive al testatore (art. 890 § 1, cod. civ.), ne nasce un *diritto subordinato alla sopravvivenza della persona al tempo dell'apertura della successione*, la quale si suppone aperta in uno dei periodi dell'assenza, quando perciò sarebbe incerta l'esistenza del legatario.

Potrebbe avvenire lo stesso, sebbene il testatore fosse morto prima che cominciasse l'assenza del legatario, qualora il legato non fosse puro e semplice, ma vincolato ad una condizione che venisse a verificarsi durante l'assenza medesima; giacchè, dipendendo l'efficacia del legato dall'essere ancora vivente il beneficato al tempo in cui la condizione si avveri (art. 853, cod. civ.) ed ignorandosi

l'esistenza del legatario allorchè chi lo rappresenta reclamasse in nome di lui il diritto al legato, sarebbe necessario provare, a norma dell'articolo 42, che il legatario esisteva al momento in cui coll'avveramento della condizione è nato il diritto predetto.

Avrebbe pure identico carattere il *diritto di riversione*, che l'assente avesse stipulato in una donazione da lui fatta ad altri; poichè per l'esistenza di quel diritto bisogna supporre che il donante esista ancora al tempo della morte del donatario (art. 1071, cod. civ.).

Lo stesso sarebbe del diritto alle pensioni man mano scadenti di una rendita vitalizia, la cui prestazione è dovuta soltanto in proporzione del numero dei giorni che il vitaliziario abbia vissuto (art. 1799, cod. civ.).

Il procuratore, che l'assente avesse lasciato, l'amministratore che il tribunale gli avesse nominato durante l'assenza presunta, i presunti eredi che fossero stati immessi nel possesso dei beni, non potrebbero dunque reclamare in nome dell'assente stesso il diritto alla riversione dei beni da lui donati a persona, della quale durante l'assenza del donante si fosse verificata la morte, se non provando che il donante esistesse ancora quando il donatario morì. Nè potrebbesi domandare al debitore della rendita vitalizia il pagamento delle prestazioni scadute dopo che il vitaliziario cessò di comparire nel luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza, se non coll'onere di provare che egli esisteva ancora allorchè maturarono le prestazioni richieste.

Tra il caso in cui si tratti di diritti aventi per oggetto una universalità di beni, e l'altro in cui ne formino oggetto beni particolari, vi sono differenze notevolissime; non solo quanto alla natura di quei diritti in sè medesimi, ed agli effetti giuridici che ne sono propri, ma eziandio relativamente alle regole speciali concernenti i rapporti tra l'assente, o chi lo rappresenta, e le altre persone che in causa di quell'assenza abbiano potuto frattanto esse stesse eserci-

tare i diritti che all'assente sarebbero spettati, o non abbiano dovuto subire l'attuazione dei diritti di lui.

Trattasi di *diritti particolari*, che si sarebbero aperti in favore dell'assente? Finchè non si riesca a provare che egli esistesse ancora al momento in cui quei diritti nacquero, rimarrà in sospeso la loro esercibilità da parte di coloro, che rappresentando l'assente, volessero reclamare in di lui nome i diritti medesimi. Tale è la conseguenza necessaria della massima proclamata nell'art. 42; all'applicazione della qual massima si riduce tutto ciò che riguarda questi diritti eventuali per tutto il tempo dell'assenza, tanto presunta, quanto dichiarata. Certamente, potrà derivarne che rimanga indefinitamente impedito l'esercizio di diritti, i quali realmente appartenessero all'assente, perchè di fatto egli esistesse ancora al tempo in cui quei diritti nacquero, qualora i rappresentanti dell'assente medesimo non si trovassero tuttavia in grado di somministrare la prova di tale fatto; e intanto potrà avvenire che col decorso del tempo rimangano definitivamente estinti per prescrizione i diritti che competerebbero all'assente, il quale ricomparendo se ne trovi quindi privato, o ne rimangano privi i successori di lui, s'egli sia morto dopo che quei diritti sarebbero stati acquisiti in suo favore. Ma tutto ciò non è che il portato indeclinabile dei principii generali di diritto; e se danno potrà venirne all'assente, egli deve in fine imputarlo a sè stesso, avendo trascurato di dare proprie notizie; se danno può venirne ai successori dell'assente, non è questa una ragione sufficiente perchè coloro, contro i quali i diritti medesimi sarebbero reclamati, debbano subirne l'attuazione senza che siano somministrate le prove occorrenti, o debba mancare a loro l'ordinario presidio della prescrizione.

Trattasi invece di *diritti universali*, di successione? Si presentano allora diversi quesiti, a risolvere i quali non basterebbe la disposizione generale dell'art. 42. A quali persone si devolverà la successione, a cui l'assente sarebbe chiamato? Quali saranno le facoltà e gli obblighi di queste

persone, in ordine ai beni ch'esse raccolgano in luogo dell'assente? È a questa specialità di regole, che provvede il successivo art. 43.

Vi è però anche qualche punto, intorno al quale i principii direttivi sono comuni, così al caso di *diritti universali*, di successione, come a quello di *diritti particolari;* ed è quanto riguarda i rapporti tra l'assente, od i rappresentanti di lui, e le altre persone aventi interesse opposto, pel caso di ritorno dell'assente medesimo, o di prova dell'esistenza o del tempo della morte di lui. Le regole a ciò relative si traggono dagli articoli 44 e 45.

È quindi necessario occuparsi separatamente: 1° della devoluzione delle successioni aperte durante l'assenza, ed alle quali l'assente sarebbe chiamato; 2° dei diritti dell'assente, o dei suoi rappresentanti, relativamente alle ragioni eventuali aperte durante l'assenza, nei diversi casi di cessazione di essa.

236. — I. Dal principio generale stabilito nell'articolo 42 del codice civile, applicato al caso d'una successione che siasi aperta durante l'assenza, ed alla quale sia chiamato l'assente, deriva che la devoluzione di una tale successione debba essere regolata come se l'assente stesso fosse premorto alle persone della cui eredità si tratta. Non è già che *si presuma la morte dell'assente.* Il carattere distintivo dell'assenza, in qualunque stadio essa si trovi, consiste unicamente — come più volte ripetemmo — nella completa incertezza se l'assente sia vivo o morto. Ma poichè, per dar luogo al diritto di successione in favore dell'assente, che vi sarebbe chiamato, occorrerebbe indispensabilmente ch'egli fosse sopravvissuto alla persona la cui eredità si è aperta, ne segue necessariamente che se questa sopravvivenza non consti, debba aversi come inesistente il diritto successorio dell'assente, e la devoluzione dell'eredità debba quindi effettuarsi come se egli fosse premorto, senza pregiudizio però — come vedremo appresso — dell'azione

in petizione d'eredità, esercibile, finchè non sia compiuta la prescrizione, dall'assente che ricomparisca, o dai suoi rappresentanti qualora giungessero notizie di lui, o dai suoi successori, qualora venendo accertato il tempo della sua morte, ne risultasse che fosse stato ancora superstite al tempo dell'aprimento della successione alla quale era chiamato.

A questi concetti si è conformata la prima parte dell'art. 43 del nostro codice, in cui è stabilito che: " Aprendosi una successione, alla quale sia chiamata in tutto " od in parte una persona, della cui esistenza non consti, " la successione sarà devoluta a coloro coi quali tale persona avrebbe avuto diritto di concorrere, od a quelli a " cui spetterebbe in sua mancanza, *salvo il diritto di rap-* " *presentazione* „.

Questa disposizione non distingue se la successione, alla quale l'assente sarebbe chiamato, sia *legittima*, o *testamentaria;* nè invero vi sarebbe stato motivo per fare una simile distinzione. Vi sono invece contemplati separatamente i casi che l'assente sia chiamato alla successione *in tutto*, o piuttosto *in parte* soltanto; ed è dichiarato che nel primo caso la successione predetta si devolverà *a chi vi sarebbe chiamato in mancanza dell'assente;* e nel secondo *a chi avrebbe avuto diritto di concorrere coll'assente medesimo.* E tutto ciò è sempre in conformità della massima fondamentale, che la devoluzione della successione debbasi operare come se l'assente fosse premorto al tempo dell'aprimento di essa. Così, se si trattasse di successione legittima, ed insieme all'assente fossero chiamati a concorrervi per ordine, o per grado eguale di parentela, altri coeredi, a questi si devolverebbe frattanto tutta la eredità. E se l'assente avesse avuto diritto egli solo a tutta la eredità, questa si devolverebbe agli altri, che per ordine, o per grado successivo, sarebbero stati chiamati immediatamente dopo di lui.

Trattandosi invece di successione testamentaria, qualora l'assente fosse stato istituito erede insieme ad altri, in fa-

vore dei quali avesse luogo il *diritto di accrescimento* a norma dell'art. 880, cod. civ., a questi coeredi devolverebbesi allora anche quella parte di eredità, che sarebbe spettata all'assente. Se poi fosse stato istituito erede egli solo, o se non avesse luogo il diritto di accrescimento, l'eredità, o quella parte di essa che avrebbe appartenuto in virtù del testamento all'assente, si devolverebbe agli eredi legittimi del testatore (art. 883, cod. civ.).

Tutto ciò, s'intende, salvo il caso che il testatore stesso avesse *sostituita altra persona* all'erede istituito, pel caso che questi non potesse o non volesse accettare l'eredità (art. 895, cod. civ.); chè allora sarebbe sempre il sostituito, che verrebbe in luogo dell'assente nell'eredità o in quella quota di essa che a favore di quest'ultimo fosse stata disposta; e salvo ancora quanto è stabilito nell'art. 890, in ordine alla *rappresentazione* attribuita ai figli o discendenti dell'erede istituito, che non possa raccogliere l'eredità.

Regole analoghe dovrebbero pure essere applicate, nella stessa successione testamentaria, alla porzione legittima che all'assente fosse dovuta. Se l'assente fosse il solo legittimario, e il testatore avesse disposto in favore di altri di tutta l'eredità, non farebbesi luogo frattanto alla *riduzione* di tale disposizione, a senso dell'art. 821, cod. civ. E se il testatore non avesse disposto a favore di estranei di tutta l'eredità, ma di una parte soltanto, fosse poi che la quota restante bastasse o no per la legittima che competerebbe all'assente, questa quota di eredità si devolverebbe intanto agli altri eredi legittimi. Se poi, insieme all'assente, vi fossero altri aventi diritto alla legittima, questa, che dalla nostra legge è fissata sempre in una porzione determinata, senza riguardo al numero dei legittimari (art. 805, 807, cod. civ.), spetterebbe intieramente agli altri.

237. — Dichiarando che la successione, alla quale sarebbe chiamato in tutto od in parte un assente, si devolve a coloro coi quali egli avrebbe a concorrere, od a quelli a

cui spetterebbe in sua mancanza, l'articolo 43 del nostro codice riserva però espressamente *il diritto di rappresentazione.*

Nell'art. 136 del codice Napoleonico, e nel 142 del codice pel regno delle Due Sicilie, non era parlato di ciò. Nel codice Albertino (art. 100) imitato poi dall'Estense (art. 68) fu dichiarato che " i discendenti dell'assente sarebbero ammessi a rappresentarlo come se fosse defunto, nei casi " e secondo le regole della rappresentazione, in materia " di successione ". Il legislatore italiano, accogliendo il medesimo concetto, lo espresse in forma più breve con quelle semplici parole " *salvo il diritto di rappresentazione* ". Esse infatti bastano per un riferimento completo alle regole generali concernenti la rappresentazione stessa; la quale è ammessa dal nostro codice non solo nella successione legittima (art. 729-735, cod. civ.) ma eziandio nella successione testamentaria (art. 890, cod. civ.).

Con questa esplicita dichiarazione fu sciolto un dubbio, che potevasi presentare ed aveva infatti dato luogo a *controversia nel diritto francese;* cioè, se nella successione fosse lecito *rappresentare un assente.* Viene a morte un padre, che lascia due figli. Uno di questi è assente, e nel possesso dei beni trovasi immesso un figlio di lui. Ovvero, aprendosi la successione d'uno fra tre fratelli, gli altri due sarebbero chiamati a raccoglierla; ma uno di questi fratelli è assente, ed ha lasciato un proprio figlio. Se, invece di essere assente, quel figlio o quel fratello fosse premorto alla persona della cui eredità si tratta, il figlio di lui lo rappresenterebbe nella successione, occupandone il grado, ed esercitandone i diritti in concorso col proprio zio (art. 729, 730, 732, cod. civ.). Dev'essere diversamente perchè la premorienza del figlio o del fratello alla persona della cui eredità si tratta, non sia provata, e solo l'assenza di lui ne renda incerta l'esistenza? Fra gli interpreti del codice Francese vi fu da principio un'assai viva controversia intorno a questo punto. Sostenevano alcuni non dover essere ammessi i figli

o discendenti dell'assente a succedere per rappresentazione di quest'ultimo (1). Altri propugnarono la massima contraria, oramai ammessa concordemente dai più recenti scrittori (2).

Le ragioni del dubbio dipendevano da un principio fondamentale in materia di *rappresentazione;* da questo cioè, che avendo essa " per effetto di far entrare i rappresentanti " nel luogo, nel grado e nei diritti del rappresentato " (art. 729, cod. civ.) presuppone realmente *vacante il grado* che il rappresentante verrebbe ad occupare; e quindi, per massima, non è lecito rappresentare una persona vivente. Ora dell'assente non è certa la morte, come non ne è certa la vita. Fondandosi appunto su ciò, fu istituito il seguente ragionamento, col quale si suppone che il figlio od il fratello della persona della cui eredità si tratta, sostenga il proprio diritto di succedere ad esclusione dei figli dell'altro figlio o dell'altro fratello assente. " Voi — gli si fa dire — " non potete pretendere alla successione per *ragione propria,* giacchè nella vostra qualità personale sareste esclusi " da me, chiamato a preferenza, secondo la legge. Non " possono dunque esservi aperte che altre due vie: o di " invocare la *trasmissione* del diritto successorio, che abbiate avuta dal vostro genitore, ovvero di venire in rappresentazione di questo. Ma per giovarvi del primo " mezzo, sarebbe necessario che provaste essere sopravvissuto al tempo dell'apertura della successione il vostro " autore; per valervi del secondo dovreste provare al contrario che il vostro autore fosse premorto a quel tempo. " E poichè, essendo assente il vostro genitore, non siete " in grado di presentare la prova nè dell'uno nè dell'altro

---

(1) V. Locré, *Code civil*, art. 135, 744; Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I, c. XX, s. VI, § 3, 4ª quest., p. 347-353; Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Absence*, s. III, § 2, n. 2.

(2) Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 136, § 6; Delvincourt, t. I, p. 54, nª 5; Duranton, t. II, n. 547; Valette *sur* Proudhon, l. c.; Zachariae, Aubry e Rau, t. I, § 158, nª 3; Marcadé, art. 136, § 2, t. I, n. 465; Demolombe, t. II, n. 209; Laurent, t. II, n. 255.

“ di questi fatti, siete dunque in condizione di non potere
“ per nessun titolo reclamare il diritto alla successione, e
“ di doverne subire, a fronte mia, l'esclusione „.

Questo ragionamento, per quanto a primo aspetto possa parere stringente, ha però difetti sostanziali; di supporre necessaria la prova dell'uno o dell'altro dei due fatti contrari, della vita, cioè, o della morte dell'assente, mentre per ciò stesso che vi è l'assenza, il cui carattere essenziale consiste nella incertezza dell'esistenza della persona, è esclusa la possibilità della prova, sia della vita sia della morte di lei; di supporre poi che ad una delle parti contendenti — cioè al figlio o discendente dell'assente che sarebbe chiamato a partecipare alla successione — debba incumbere l'onere della prova, sia dell'uno o dell'altro di quei due fatti opposti; e in fine di volgere a tutto benefizio dell'erede, col quale sarebbe chiamato a consuccedere l'assente, l'impossibilità di provare tanto l'esistenza quanto la morte di questo. Osservarono giustamente a tale proposito i signori *Aubry* e *Rau* che “ sarebbe irragionevole
“ il permettere agli altri eredi di escludere nel medesimo
“ tempo sì l'assente stesso, per esserne incerta l'esistenza,
“ che i rappresentanti di lui sotto il pretesto che non es-
“ sendone provata la morte è possibile che egli esista
“ ancora „. Non è da parlare di una prova che è impossibile per la natura stessa dell'assenza; e l'incertezza, che n'è la caratteristica, intorno alla vita od alla morte dell'assente, non può profittare se non a quello dei due contendenti che tanto nell'una quanto nell'altra ipotesi avrebbe diritto a prender parte alla successione. In tale condizione appunto si trova, nei casi dei quali parliamo, il figlio dell'assente; poichè, supposto che questi fosse premorto alla persona della cui eredità si tratta, il figlio lo *rappresenterebbe;* supposto invece che fosse sopravissuto, avrebbe raccolta quella eredità, e morendo dopo l'avrebbe poi trasmessa al proprio figlio. All'argomentazione che il *Proudhon* poneva in bocca di chi vuole escludere dalla successione

il figlio dell'assente, egli può quindi contrapporre con ben maggiore fondamento questa risposta: " Quando io provo " che il mio genitore era assente al tempo in cui si aperse " in favor suo e vostro questa successione, ciò basta allo " scopo, che mi propongo, di reclamare il diritto di con- " succedere con voi. Non posso aver bisogno di provare " nè la vita nè la morte del mio genitore a quel tempo, " perchè tanto nell'una che nell'altra ipotesi mi spette- " rebbe sempre il diritto che invoco: nella prima per *tras-* " *missione del diritto successorio*, che il mio genitore stesso " avrebbe acquistato; nella seconda per *diritto di rappre-* " *sentazione* ".

Ammettendo l'assunto opposto dell'altro erede, si arriverebbe invece a questo risultato: che si approprierebbe tutta l'eredità colui, il quale, fosse poi vivo o morto l'assente, in nessun caso potrebbe mai averne più che una parte. Ha detto giustamente il *Delvincourt* che " sarebbe " difficile trovare una decisione più di questa contraria, " non solo alla retta ragione, ma ancora all'umanità; " talchè, se la legge paresse favorirla, sarebbe il caso di " cercare piuttosto nelle regole generali d'interpretazione " il mezzo di evitare una simile dottrina ".

Il legislatore italiano, conformandosi a quanto era già stato disposto nel codice Albertino e riprodotto poi nell'Estense, non esitò a seguire la teoria insegnata anche sotto il codice Francese dal maggior numero degli autori, ed oramai accolta universalmente; e nell'art. 43 § 1°, non solo ammise che il figlio o discendente dell'assente abbia diritto di reclamare la successione a cui questi sarebbe chiamato in tutto od in parte, ma dichiarò specificamente che il titolo pel quale codesto diritto potrà essere esercitato sarà quello *della rappresentazione*. Ciò infatti non è altro che un'applicazione del principio generale, secondo cui vedemmo che aprendosi una successione, alla quale sarebbe chiamato un assente, essa deve frattanto devolversi — nell'incertezza in cui si è della vita o della morte di lui —

come se effettivamente egli fosse premorto alla persona della cui eredità si tratta, salvo ogni ulteriore effetto delle prove che si potessero in seguito presentare in contrario. E poichè, se l'assente fosse stato già morto al tempo in cui si aperse la successione alla quale era chiamato, i figli o discendenti di lui, nelle fatte ipotesi, sarebbero venuti a quella successione *per diritto di rappresentazione*, lo stesso doveva pure ritenersi pel caso di assenza. Ma se poi l'assente ricomparisse, egli avrebbe azione per reclamare la parte che gli spettava di quella eredità (art. 44, cod. civ.). E qualora, provato il tempo nel quale la morte di lui fosse avvenuta, risultasse posteriore a quello dell'aperta successione, ovvero fosse provato anche solo che nel giorno di tale apertura egli esistesse, ancorchè rimanesse incerto se o no continuasse tuttora a vivere, i diritti dei figli di lui dovrebbero essere regolati, non sulla base della *rappresentazione*, ma su quella della *trasmissione del diritto successorio*. Infatti, supponendosi accertato che l'assente era superstite al tempo dell'aperta successione, egli ne avrebbe acquistato il diritto; che da lui sarebbesi poi trasmesso ai figli, o per titolo di eredità qualora fosse provata la morte posteriormente avvenuta dell'assente medesimo, od altrimenti per titolo d'immissione in possesso temporaneo o definitivo, secondo i casi.

Non è indifferente pei figli dell'assente — come osservava il *Delvincourt* nel luogo sopracitato — " di venire " alla successione del loro avo per diritto di trasmissione, " ovvero per diritto di rappresentazione. La trasmissione " suppone che l'assente abbia raccolta la successione e " l'abbia trasmessa ai propri figli; ma questi allora non " possono approfittarne se non in quanto abbiano accettata " la successione paterna, e conseguentemente si trovano " esposti alle azioni dei creditori del padre loro. All'opposto, se vengono alla successione dell'avo per diritto " di rappresentazione, potendosi rappresentare anche la " persona alla cui successione siasi rinunziato (art. 744,

“ cod. Franc., — 735, cod. It.), sarà lecito ai figli dell'as-
“ sente abbandonare i beni del padre ai creditori, e ciò
“ non ostante raccogliere la parte di lui nella successione
“ dell'avo „.

A rincontro però non essendo ammessi i figli dell'assente a concorrere alla successione a cui egli sarebbe chiamato, se non *per diritto di rappresentazione*, essi potranno esser tenuti a conferire nella eredità tutto ciò che per donazione, direttamente o indirettamente fatta dal defunto, sia stato ricevuto così da essi personalmente, come dall'assente che rappresentano (art. 1001, 1005, cod. civ.); mentre se reclamassero l'eredità per titolo di trasmissione del diritto successorio, non sarebbero obbligati a conferire altro che quanto fosse stato donato al loro autore.

La massima che a favore dei figli o discendenti dell'assente resti salvo il diritto di rappresentazione nelle successioni, alle quali l'assente medesimo sarebbe chiamato, fu poi confermata dal legislatore italiano nella disposizione dell'art. 734 del cod. civ., in cui, dopo stabilito il principio generale che *non si rappresentano le persone viventi*, vi si è fatta *eccezione pel caso che si tratti di persone assenti* o incapaci di succedere; ed è confermata pure, in ordine alle successioni testamentarie, dall'art. 890, che ammette a subentrare nell'eredità o nel legato i discendenti dell'erede o del legatario “ *nei casi in cui sarebbe* “ *messa a loro favore la rappresentazione, se si trattasse di* “ *successione intestata* „ fra i quali casi figura anche quello in cui l'erede sia assente, secondo il detto art. 734.

238. — Quando per l'assenza della persona, che sarebbe chiamata in tutto od in parte ad una successione apertasi durante l'assenza medesima, quella successione si devolve a coloro coi quali tale persona avrebbe avuto diritto di concorrere, od a quelli a cui spetterebbe in sua mancanza, gli effetti di una tale devoluzione sono essenzialmente diversi da quelli che derivano dalla immissione

in possesso dei beni dell'assente. Questa differenza è evidente rispetto alla *immissione temporanea*, la quale attribuisce ai possessori provvisorii la semplice amministrazione dei beni e il godimento totale o parziale delle rendite; mentre le persone alle quali si devolve la successione, in luogo dell'assente a cui essa spetterebbe di preferenza od in concorso con loro, la tengono in nome proprio, e per titolo non di semplice amministrazione, ma di proprietà. Ciò infatti risulta dalle parole stesse dell'art. 43, che dichiara *essere devoluta la successione* a coloro coi quali l'assente avrebbe avuto diritto di concorrere, od ai quali essa spetterebbe in sua mancanza: il che dunque significa essere riconosciuta dalla legge a favore di queste persone la vera e propria qualità di eredi, ai quali passa di diritto, secondo il disposto dell'art. 925, cod. civ., il possesso dei beni del defunto a titolo di proprietà. La differenza diviene certamente meno sensibile allorchè la immissione in possesso si trasmuta da temporanea in definitiva, poichè, come abbiamo veduto, in quest'ultimo stadio essa conferisce a chi la ottiene attributi e poteri simili a quelli della proprietà piena; ma con tutto ciò non è ancora da confondersi con essa, e conserva sempre il carattere di semplice *immissione in possesso*, quantunque sia una istituzione d'indole affatto speciale, producente effetti eccezionali di favore. Conseguentemente gli effetti derivanti dalla ricomparsa della assente — la quale farebbe da una parte cessare la immissione dei presunti eredi di lui nel possesso definitivo, e dall'altra darebbe luogo a potersi dal medesimo assente ricomparso esercitare l'azione in petizione di eredità, a senso dell'art. 44, cod. civ., contro coloro ai quali si fosse devoluta una successione aperta durante l'assenza, ed alla quale egli era chiamato — quegli effetti non potrebbero riguardarsi come identici in ambo i casi, ma sarebbero regolati, relativamente agli immessi in possesso definitivo, dalle disposizioni dell'art. 39, e rispetto a chi avesse raccolta la successione che spettava all'assente, dall'art. 933,

come vedremo appresso. Oltre a ciò, mentre l'azione dell'assente ricomparso per ricuperare, a norma dell'art. 39, i propri beni contro coloro che ne ebbero il possesso definitivo, è *imprescrittibile* (1), quella invece in petizione della eredità che siasi aperta durante l'assenza, andrebbe soggetta alla prescrizione ordinaria secondo l'espressa disposizione dell'art. 44 di cui parleremo più oltre.

Non sarebbe esatto il pensare che alle persone in cui favore si devolva, a tenore dell'art. 43, una successione alla quale sarebbe chiamato un assente, spettasse sui beni componenti l'eredità una *proprietà risolubile*. La *risolubilità* suppone una trasmissione effettiva di dominio, soggetta però ad una condizione, la quale verificandosi abbia per effetto di rimettere le cose nello stato in cui erano, e sciolga retroattivamente il dominio, come se la trasmissione di esso non avesse mai avuto luogo. Ma non è ciò che si avveri allorchè la successione aperta durante l'assenza si devolve a coloro coi quali l'assente sarebbe stato chiamato a concorrere, od a quelli a cui spetterebbe la eredità in mancanza di lui. In tal caso deve necessariamente verificarsi l'una di queste due cose: o l'assente esisteva allorchè la successione si aperse, e in tal caso quelli che vi furono ammessi in luogo di lui allorchè la sua esistenza era incerta, non sono mai stati effettivamente eredi per la quota che all'assente spettava, sono stati soltanto *eredi apparenti;* o invece l'assente era in realtà premorto all'aprimento di quella eredità, alla quale sarebbesi trovato chiamato qualora fosse stato superstite, e in tal caso quelli ai quali la successione erasi devoluta, perchè vi erano chiamati in concorso od in mancanza dell'assente, sono stati realmente essi soli, e rimangono incommutabilmente eredi. La loro qualità, il diritto alla successione, la proprietà loro sui beni ereditari, non dipendevano da un avvenimento futuro ed incerto, che costituisse una condizione risolutiva d'un dominio acquistato;

(1) V. sopra n. 218, p. 1040-1045.

solo mancavano i mezzi estrinseci di prova necessari per stabilire a chi, tra loro e l'assente, appartenesse veramente il diritto di successione; il quale, del resto, fin dal tempo dell'aperta successione, era già in diritto definitivamente ed immutabilmente fissato in capo dell'uno o degli altri. Così il diritto di coloro che in questa incertezza, in questa mancanza di prove, raccoglievano frattanto la successione, non è veramente *risolubile;* ma è reale e definitivo se l'assente è morto prima dell'apertura della successione, e deve invece qualificarsi come *apparente soltanto*, qualora venga poi provato che l'assente vive ancora, od almeno che esisteva al tempo in cui si aprì la successione alla quale era chiamato. — Dalle differenze sopra notate di caratteri e di effetti, tra la immissione in possesso dei beni lasciati dall'assente, e la devoluzione delle successioni a cui egli sarebbe stato chiamato, si traggono facilmente importanti conseguenze di diritto.

È evidente innanzi tutto come, in generale, tutti quei provvedimenti che nel periodo della immissione temporanea in possesso sono determinati dal carattere provvisorio e di pura amministrazione che n'è proprio, non siano applicabili alla devoluzione della successione, che sarebbesi aperta in favore dell'assente, giacchè quelli, in cui favore tale devoluzione si opera, tengono la eredità, non in modo precario ed a nome dell'assente, ma in nome proprio ed a titolo di dominio; salvo il poter essere dimostrato più tardi che il diritto successorio, e conseguentemente il dominio dei beni ereditari, appartenne in realtà all'assente, quando si provi ch'egli viveva ancora al tempo dell'apertura della successione. Così non vi ha dubbio che a favore dell'assente non dovrà essere riservata una parte delle rendite dei beni ereditari, per applicazione dell'art. 131, cod. civile, ma — come vedremo più oltre — ciò che determinerà l'appartenenza dei frutti all'assente, od a quelli che abbiano raccolta la successione in luogo di lui, sarà unicamente *la percezione dei frutti* medesimi, e *la buona o mala fede*, in cui

tale percezione sia stata fatta (art. 45, cod. civ.). È certo parimenti che quelle limitazioni, le quali abbiam visto essere apposte, secondo gli articoli 28 e 29 del codice civile, ai poteri dei possessori provvisionali in ordine alla gestione dei beni lasciati dall'assente, non sono applicabili qui, dove si tratta di persone le quali non agiscono in nome altrui e come semplici amministratori, ma in nome loro e quali proprietari. Queste persone agendo appunto in virtù di quel diritto di proprietà, di cui sono reputate investite, possono godere e disporre dei beni ereditari tutti nella maniera la più assoluta (art. 436, cod. civile) non essendovi alcuna disposizione di legge che limiti in loro danno l'esercizio di tali facoltà. E se nell'art. 43 non trovasi ripetuto quanto era stato dichiarato espressamente nell'articolo 37 — che cioè si possa *disporre dei beni liberamente* — è solo perchè non ve n'era qui alcun bisogno; avendo lo stesso articolo 43, stabilito in modo assoluto che *la successione si devolve a coloro coi quali l'assente avrebbe avuto diritto di concorrere, od a quelli a cui spetterebbe in sua mancanza;* la devoluzione della eredità importando trasmissione della proprietà dei beni che la compongono; ed essendo inerente essenzialmente alla proprietà stessa la facoltà di godere e disporre, nella maniera più assoluta, delle cose che ne formano oggetto; mentre la immissione in possesso, ancorchè definitivo, non attribuendo a coloro che la ottengono un vero diritto di proprietà, per conferire ad essi, ciò non ostante, il potere di disporre liberamente dei beni, era indispensabile che il legislatore ne facesse dichiarazione espressa. È dunque indubitabile la libera disponibilità dei beni per coloro ai quali si devolva la successione che spetterebbe in tutto od in parte ad un assente; e solo potrà esservi luogo a disputa intorno agli effetti degli atti che essi abbiano compiuti, nel caso che poi l'assente ritorni o ne sia provata l'esistenza, al tempo almeno dell'aperta successione, del quale argomento avremo ad occuparci appresso.

Fra le cautele, che per garanzia dell'assente sono imposte ai possessori provvisionali dei beni di lui, una sola fu resa comune anche a coloro, che in luogo dell'assente medesimo ottengono la devoluzione d'una successione apertasi durante l'assenza; e consiste nell'obbligo di " *far procedere* " *all'inventario dei beni mobili ed alla descrizione degl'im-* " *mobili* „ (art. 43 § 2° confrontato coll'art. 29 § 1°, codice clvile).

Il codice Napoleone (art. 136) e quello pel regno delle Due Sicilie (art. 142) non avevano una disposizione corrispondente. Fu il codice Albertino, che pel primo introdusse nell'art. 100 un alinea così concepito: " Coloro ai quali, in " mancanza della persona sopraddetta (quella la cui esi- " stenza non sia riconosciuta) sarà devoluta la successione, " *dovranno far procedere all'inventario dei beni mobili di essa,* " *ed alle testimoniali di stato per gli stabili* „.

Nell'art. 69 del codice Estense fu detto invece: " Coloro " ai quali in mancanza della persona predetta è devoluta " la successione *debbono conformarsi al disposto dell'arti-* " *colo* 57 „.

In termini conformi era stata espressa la disposizione del progetto del codice Albertino, che si riferiva all'art. 89, a cui corrispondeva appunto il 57 del codice Estense: ma quella proposta non era stata adottata, pel riflesso che a termini dell'art. 89, non solo sarebbe stata necessaria la compilazione dell'inventario, ma inoltre avrebbe potuto essere ordinata ai chiamati alla successione in luogo dell'assente la vendita totale o parziale dei beni mobili della eredità, il che pareva eccessivo.

Gl'interpreti del codice Francese erano infatti concordi nel ritenere che coloro ai quali si devolvessero diritti eventuali aperti in favore d'un assente non potessero essere obbligati a far vendere i beni mobili, nè fossero tenuti a prestare cauzione al pari degl'immessi in possesso provvisorio dei beni dell'assente. Solo nasceva discordia tra gli autori quanto a stabilire se aprendosi una successione, alla quale

fosse chiamato un assente, chi la raccogliesse in luogo di lui dovesse fare apporre i sigilli e compilare un inventario dei beni. Vi era qualche opinione in senso affermativo, appoggiata in parte a speciali disposizioni del codice Francese — delle quali possiamo dispensarci dal parlare — ed in parte anche a considerazioni generali di diritto. In quest'ultimo aspetto si osservava principalmente, che poichè la legge riservava all'assente la petizione di eredità ed ogni altro suo diritto, dovrebbe dunque esser anche provveduto ai mezzi onde una tale azione potesse essere esercitata efficacemente; che sarebbe una contraddizione ed un'assurdità l'obbligare gl'immessi in possesso provvisorio a fare inventario e dare una cauzione da rimanere vincolata per trent'anni, e non prendere alcuna precauzione contro coloro che raccogliessero una successione alla quale sarebbe chiamato l'assente, e ch'egli potrebbe reclamare ogni volta che ricomparisse o si provasse la sua esistenza; e che d'altra parte la misura conservatoria dell'inventario, mentre giovava a guarentire gl'interessi dell'assente, non poteva pregiudicare ad alcuno (1). La maggioranza degli autori, però, riconoscendo da un lato il valore che queste considerazioni avrebbero potuto avere in diritto costituendo, opinava che non bastassero per giustificare che si ritenesse a carico degli altri eredi ed a profitto dell'assente, un obbligo che a questi non era imposto da alcuna disposizione di legge (2).

Il legislatore italiano ha adottato quel partito che presentavasi come più razionale e più utile, senza contraddire d'altra parte in nessun modo ai principii della materia; giacchè la formazione dell'inventario, mentre non vincola la libera disponibilità dei beni da parte di coloro, ai quali in mancanza dell'assente è devoluta la successione, provvede all'accertamento di quanto dovrà eventualmente for-

---

(1) V. Duranton, t. I, n. 394.

(2) V. Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 136, § 4; Demolombe, t. II, n. 213; Aubry e Rau, t. I, § 158, nª 6; Laurent, t. II, n. 256.

mare oggetto dell'azione in petizione di eredità, che pure è riservata all'assente, od ai suoi rappresentanti od aventi causa; e provvede ad evitare la complicazione e la difficoltà delle prove giudiziali, che altrimenti potrebbero occorrere per stabilire la consistenza del patrimonio ereditario, allorchè quell'azione venisse esercitata.

Ma essendo appunto questa un'espressa e speciale eccezione al principio generale della inapplicabilità a questa materia delle misure conservatorie stabilite dalla legge nella immissione in possesso temporaneo dei beni dell'assente, ne risulta anzi confermata in ogni altra parte la detta regola generale; cosicchè nessun' altra di quelle cautele potrebbesi applicare, e coloro ai quali la successione si devolve non potrebbero essere obbligati a dare cauzione, e tanto meno a vendere i mobili in forza d'un provvedimento che venisse ordinato dal tribunale (confr. art. 26 § 4°, 27, 29 § ult., cod. civile).

Non sembra che vi sia luogo a dubitare di ciò in diritto costituito; ma in diritto costituendo potrebbesi pensare che sarebbe stato opportuno l'obbligare coloro i quali raccolgono l'eredità, o quella parte di essa che spetterebbe all'assente, a prestare cauzione, oltre a dover formare l'inventario dei beni. L'inventario vale ad accertare la consistenza del patrimonio, non ad assicurare gli eventuali diritti dell'assente, al quale pure la legge riserva l'azione in petizione di eredità. Non sarebbe dunque più congruo che la legge stessa vi avesse provveduto, coll'imporre l'obbligo della cauzione a coloro che raccolgono i beni spettanti forse all'assente, e che da lui o da chi lo rappresenti potrebbero essere rivendicati per tutto il tempo stabilito per la prescrizione? Senza questo provvedimento l'azione in petizione di eredità può riuscire frustranea, e gli altri eredi che ottengono i beni dell'eredità in luogo dell'assente, possono impunemente, e forse fraudolentemente, dissiparli. In altri casi la legge ha obbligati eredi o legatari, per guarentigia di diritti altrui, a prestare cauzione. Così ha disposto a carico

di colui, al quale il testatore abbia lasciato l'eredità od il legato sotto l'obbligo di non fare o di non dare, affinchè siano assicurate le ragioni eventuali delle persone a cui dovrebbe devolversi, in caso d'inadempimento di tali obblighi, l'eredità od il legato (art. 855, cod. civ.). Così pure ha disposto contro chi sia gravato di un legato lasciato sotto condizione o dopo un certo tempo (art. 856, codice civile). E perchè dunque non stabilire altrettanto a guarentigia dei diritti eventuali dell'assente sulla eredità che in tanto si devolve ad altri in luogo di lui, salva l'azione in petizione?

Ma il caso contemplato nell'art. 43, non può certamente assimilarsi a quelli ai quali si riferiscono i ricordati articoli 855, 856. In essi si tratta di guarentire *diritti già acquisiti*, quantunque subordinati a condizione. Dell'assente, all'opposto, non si può affermare che abbia alcun diritto acquisito, poichè si suppone incerto se egli esistesse al tempo dell'apertura della successione alla quale era chiamato. Sarebbe assai grave per coloro ai quali si devolve tale successione, che fossero obbligati a prestare una cauzione, la quale potrebbe rimaner vincolata per trent'anni, quanto dura l'azione in petizione di eredità, e ciò per la sola eventualità poco probabile della esistenza dell'assente. Questi, d'altronde, se vive, deve imputare a se stesso anche i pericoli che può correre relativamente ai diritti di successione che siansi aperti in suo favore durante l'assenza, poichè poteva evitarli dando sue notizie e provvedendo ai propri interessi.

239. — II. L'impedimento che l'assenza, per natura sua, oppone a poter essere esercitati in nome dell'assente i diritti che siansi aperti in favore di lui durante il tempo in cui era incerta la sua esistenza, non può essere tale da togliere assolutamente efficacia a tali diritti e renderli per sempre inesercibili. Hanno essi per oggetto beni particolari? Non possono essere reclamati finchè, continuando l'assenza, rimane impossibile provare che la persona a cui favore sarebbersi aperti, esistesse a quel tempo, e li abbia

quindi acquistati. Ma non è tolto che si possano far valere più tardi, qualora l'assente ricomparisca, o si provi la sua esistenza attuale, o si provi almeno che esisteva quando quei diritti nacquero. Hanno invece per oggetto una universalità di beni, si tratta cioè d'una successione aperta durante l'assenza, ed a cui l'assente era chiamato? Quella successione si è devoluta bensì a profitto di coloro che coll'assente avrebbero avuto diritto di concorrere, od ai quali sarebbe spettata l'eredità in mancanza di lui; ma una tale devoluzione è ipotetica, subordinata cioè alla supposizione che l'assente, chiamato di preferenza alla successione, non fosse più in vita quando essa si aprì. S'egli si ripresenta, o se almeno si prova ch'esistesse ancora al tempo dell'apertura della successione, le cose si rimettono nella condizione normale in cui devono essere; il dominio, che si reputava appartenere sui beni ereditari a coloro, in favore dei quali, in mancanza dell'assente, dovevasi devolvere la successione, non subisce veramente, come dimostrammo nel numero precedente, una *risoluzione*, ma la prova prodotta dell'esistenza dell'assente riduce quel dominio alla condizione di meramente *apparente*, e lo fa considerare come non mai verificato, sostituendovi il dominio reale dell'assente medesimo, favore del quale il diritto successorio fu veramente acquisito.

Da questi principii rimane giustificato nel suo concetto generale ciò che è dichiarato nell'art. 44 del cod. civile:

" Le disposizioni dei due precedenti articoli non pregiu-
" dicano la petizione di eredità, nè gli altri diritti che spet-
" tassero all'assente od ai suoi rappresentanti od aventi
" causa; questi diritti non si estinguono se non dopo
" decorso il tempo stabilito per la prescrizione ".

Questo cangiamento nello stato delle cose, e la esercibilità da parte dell'assente, o in nome di lui, dei diritti aperti in favor suo durante l'assenza, può dirsi generalmente che derivi dal verificarsi delle cause producenti la cessazione dell'assenza stessa. Nondimeno intorno a ciò è

necessaria qualche avvertenza. Abbiamo notato già che l'assenza cessa per la ricomparsa dell'assente, per l'accertamento della esistenza di lui, sebbene non ricomparso, e per l'accertamento della morte che ne sia avvenuta (1). Nei primi due casi non vi ha dubbio che l'assente medesimo, o chi lo rappresenti, potrà sempre — salvochè vi sia prescrizione — agire in petizione dell'eredità apertasi durante l'assenza, od esercitare i diritti particolari che in quel tempo sieno nati in favor suo. Ma la prova della morte dell'assente, quantunque faccia necessariamente cessare l'assenza, non sempre però darà luogo in favore dei successori dell'assente a potere esercitare in rappresentanza di lui simili diritti, di successione od altri. Affinchè tali azioni siano esercibili, sarà necessario che il tempo in cui, secondo i risultamenti delle prove prodotte, la morte dell'assente avvenne, sia posteriore all'aprimento di quei diritti che si tratterebbe di far valere come trasmessi da lui; in altri termini, sarà necessario che si provi essere esistito l'assente al tempo nel quale quei diritti nacquero. Così pertanto vi sono in realtà tre cause le quali possono rendere esercibili per l'assente, o pei suoi rappresentanti, i diritti nati a vantaggio di lui durante l'assenza, cioè: 1° il ritorno dell'assente; 2° la prova della esistenza attuale di lui; 3° la prova ch'egli abbia esistito al tempo dell'aprimento del diritto che si tratta di esercitare.

Gli effetti però di ciascuna di queste cause non possono essere guari diversi quanto all'intrinseca loro natura; sebbene differiscano riguardo alle persone che possono reclamare i diritti ai quali essi si riferiscono. Se è l'assente che ricomparisce personalmente, eserciterà esso la petizione di eredità, od i diritti particolari che nacquero in suo favore durante l'assenza. Se, non ritornando l'assente, si prova soltanto l'*esistenza attuale* di lui, saranno i suoi rappresentanti, cioè il procuratore ch'egli abbia costituito, o l'am-

(1) V. sopra, n. 212, p. 970.

ministratore nominatogli dal tribunale, o potranno anche essere i creditori dell'assente medesimo, che eserciteranno in nome suo quelle ragioni, le quali perciò non varieranno menomamente. Se, non essendo accertato che l'assente viva ancora attualmente, si provi però ch'egli esisteva al tempo in cui si aprì la successione, o nacquero gli altri diritti reclamati, saranno ancora i rappresentanti legittimi dell'assente — procuratore, amministratore giudiziario, creditori, presunti eredi immessi nel possesso dei beni di lui — che faranno valere i diritti predetti, avendo dimostrato con quella prova ch'essi furono acquisiti in favore dell'assente. Se si prova la morte dell'assente, ma il tempo di essa è posteriore all'aprimento dei diritti invocati, questi saranno trasmessi a coloro che a quel tempo erano suoi eredi testamentari o legittimi. Ma in ognuno di questi casi è evidente che i diritti esercibili sono sempre quelli, e non altri, che all'assente stesso spettavano, quelli ch'egli avrebbe potuto reclamare immediatamente se fosse stato presente al tempo in cui nacquero, e che potrebbe far valere ancora ricomparendo personalmente. Ciò che può arrecare differenze vere ed importanti negli effetti derivabili dalle diverse cause che danno luogo a potersi esercitare dall'assente, o dai suoi rappresentanti, i diritti nati in favore di lui durante l'assenza, è unicamente la distinzione dei rapporti in cui quegli effetti vengano considerati; secondochè cioè si contemplino i rapporti tra l'assente od i suoi rappresentanti, e coloro che in mancanza di lui esercitavano i diritti predetti; o piuttosto si contemplino i rapporti tra l'assente, od i suoi rappresentanti, e terze persone. Sotto questo duplice aspetto esamineremo nei numeri seguenti questo grave argomento.

240. — L'art. 44 del codice civile riserva all'assente, od ai suoi rappresentanti od aventi causa, *la petizione di eredità e gli altri diritti che possan loro competere.*

Si dà il nome di *petizione d'eredità* a quell' " azione reale,

" con cui una persona che si ritiene chiamata ad una suc-
" cessione, reclama contro quello o quelli che, pretenden-
" dosi successori universali del defunto, o come aventi
" causa da essi, hanno assunto il possesso di tutti o di
" parte dei beni componenti la eredità, il riconoscimento
" del proprio diritto e il rilascio di ciò che fa parte della
" eredità stessa „ (1). È chiaro quindi che una tale azione compete anche all'assente, od ai suoi rappresentanti, contro coloro che in causa appunto dell'assenza di chi era preferibilmente chiamato alla successione, e giovandosi della massima stabilita nell'art. 43 § 1° del codice civile, si siano posti in possesso della eredità, allorchè si possa provare che l'assente sopravvisse all'apertura della successione a cui era chiamato, e quindi ne acquistò il diritto (2).

Competerebbe pure la medesima azione all'assente, od ai suoi rappresentanti, contro *un terzo acquirente dei diritti successorii*, che gli fossero stati ceduti da chi, a termini del detto art. 43, se ne reputava investito per l'assenza della persona che avrebbe avuto un diritto poziore; poichè la cessione avrebbe posto il cessionario in luogo e nella identica condizione del cedente. Nè importerebbe che il cessionario convenuto fosse possessore, anzichè di tutti gli oggetti ereditari, d'una sola parte, od anche d'un solo di essi. Ciò non ostante, essendo sempre in controversia, non la proprietà di quel solo oggetto determinato, ma *il diritto di successione*, l'azione dovrebbe considerarsi di *petizione d'eredità*, non di semplice *rivendicazione*. Ma non così potrebb'essere qualificata di *petizione d'eredità* l'azione che venisse intentata per reclamare contro un terzo detentore un bene particolare, che fosse stato alienato a favore di lui dall'erede apparente. Sarebbe questa una semplice *azione ordinaria di rivendicazione;* della quale avremo ad occuparci più tardi parlando delle azioni esercibili contro i terzi,

---

(1) V. Aubry e Rau, t. VI, § 616.
(2) V. Aubry e Rau, t. VI, § 616, n. 2, nⁱ 8 e 9.

non qui dove trattiamo unicamente di quelle delle quali può essere passibile chi ha raccolto in luogo dell'assente i diritti nati in favore di lui durante l'assenza.

Parlando dunque di *petizione di eredità*, l'art. 44 si riferisce manifestamente a ciò che forma subbietto del precedente articolo 43; le cui disposizioni riguardano appunto *le successioni* aperte durante l'assenza, ed alle quali l'assente sarebbe stato chiamato in tutto od in parte.

Ma il medesimo articolo prosegue poi accennando anche *gli altri diritti che spettassero all'assente, od ai suoi rappresentanti od aventi causa;* e tale espressione abbraccia, non meno evidentemente, tutti quei *diritti particolari*, che essendo subordinati all'esistenza della persona in un determinato momento, erano quindi inesercibili, giusta la massima enunciata nell'art. 42, finchè continuava veramente l'assenza, ma divengono poi esercibili quando colla cessazione di questa sia dimostrato che la persona, alla quale competevano, esisteva al tempo in cui quei diritti nacquero.

Così, se l'assente ritorna, o se ne è provata l'esistenza, al tempo almeno in cui avvenne la morte del testatore, che aveva disposto in pro di lui un legato puro e semplice, o al tempo nel quale si verificò la condizione a cui il legato era subordinato, o al tempo nel quale morì la persona a cui l'assente stesso aveva fatta una donazione con patto di riversibilità, o al tempo nel quale maturarono le pensioni d'una rendita vitalizia stipulata dall'assente medesimo, si farà luogo ad esercitare le corrispondenti azioni per ottenere la cosa legata, per ricuperare i beni donati, per esigere le pensioni vitalizie.

241. — Le persone che possono esercitare le predette azioni in petizione di eredità, od altre, sono indicate nello stesso art. 44 dicendo che tali azioni spettano “ all'assente, “ od ai suoi rappresentanti od aventi causa „. Spetteranno all'assente quando egli stesso ricomparisca personalmente; e in tutt'altro caso spetteranno ai suoi rappresentanti od

aventi causa. I rappresentanti dell'assente agiranno talvolta in nome di lui e come suoi mandatari; tal'altra volta agiranno in nome proprio, e come investiti personalmente, per trasmissione avvenuta in loro favore, dei diritti che all'assente appartenevano. Si verificherà il primo di questi casi quando, non essendo ricomparso l'assente, si provi però l'esistenza attuale di lui; od essendo provato soltanto ch'egli esisteva al tempo dell'aprimento dei diritti dei quali si tratta, e rimanendo incerto se attualmente continui a vivere, resti affidata l'amministrazione dei suoi beni a persone deputate a ciò dal tribunale, od ai presunti eredi, che siano immessi nel *possesso temporaneo* dei beni stessi. Si avvererà l'altro caso quando, provata la morte dell'assente, posteriore all' apertura della successione o degli altri diritti, a cui egli era chiamato, siano i suoi eredi testamentari o legittimi, che subentrati a lui, e rappresentandone e continuandone giuridicamente la persona, esercitino quei diritti, che trovarono far parte del patrimonio ereditario.

Ma inoltre anche i *successori particolari* dell'assente potranno esercitare i diritti di lui sulla eredità, e le altre ragioni apertesi in favore suo durante l'assenza, qualora sia provato che l'assente esista attualmente, o che esisteva almeno al tempo di quell'apertura; sia poi che in quest'ultimo caso si trovi accertata la morte di lui posteriormente avvenuta, o che rimanga incerto se attualmente esista, o no. Così, se si provi che l'assente, dopo l'aprimento di quei diritti in suo favore, li aveva trasmessi ad altri per qualunque titolo oneroso o gratuito, il legatario, il donatario, il cessionario potrà esercitarli. Così parimente i creditori dell'assente potranno, pel conseguimento di quanto è loro dovuto, esercitare anche queste, come tutte le altre azioni spettanti al loro debitore, secondo il principio generale stabilito nell'art. 1234 del codice civile.

È precisamente a questa distinzione che si riferisce l'art. 44, quando parla di *rappresentanti od aventi causa*

dell'assente; intendendo per rappresentanti specialmente coloro che siano succeduti, non già solo in singoli diritti dell'assente medesimo, ma nella completa rappresentanza della persona di lui, cioè gli eredi; e intendendo per *aventi causa* i successori a titolo particolare, quali sono appunto i legatari, i donatari, i cessionari, i creditori.

Quanto poi alle persone contro le quali le azioni dell'assente ricomparso, o dei suoi rappresentanti od aventi causa, possano essere esercitate, è evidente di per sè, giusta quanto fu esposto superiormente, che saranno quelle contro le quali l'esercizio delle ragioni, che sarebbero spettate all'assente, non ha potuto effettuarsi finchè era incerta la esistenza di lui al tempo dell'aprimento di quelle ragioni: saranno cioè coloro, che essendo chiamati ad una successione in concorso coll'assente, od in mancanza di lui, l'abbiano raccolta in suo luogo, ovvero saranno i successori universali o particolari di queste persone. Solamente non bisogna dimenticare che quando si tratti d'una successione a cui l'assente sia stato chiamato, l'azione in *petizione di eredità* non può essere esercitata da lui o dai suoi rappresentanti od aventi causa, se non contro chi abbia ottenuta, a tenore dell'art. 43, la devoluzione di quella successione in luogo dell'assente, o contro chi a titolo universale o particolare abbia riportata la *trasmissione dello stesso diritto di successione:* che se invece si tratti di agire contro un terzo detentore di beni particolari appartenenti a quella eredità, ed alienati a favore di lui da chi apparentemente era investito del diritto successorio, l'azione non sarà di petizione d'eredità, nè quindi cadrà sotto la disposizione dell'art. 44; ma sarà un'azione comune di *rivendicazione,* soggetta perciò ai principii generali che la riguardano (articolo 439, codice civile), ed alle norme speciali concernenti le *azioni contro i terzi,* delle quali parleremo in appresso.

242. — Le azioni in petizione di eredità e le altre,

che possono essere esercitate dall'assente o dai suoi rappresentanti od aventi causa, a norma dell'art. 44 del codice civile, vanno soggette a prescrizione estintiva; com'è accennato espressamente nell'ultimo inciso di detto articolo colle parole: “ *questi diritti non si estinguono, se non dopo* “ *decorso il tempo stabilito per la prescrizione* „.

L'azione colla quale si possono ricuperare contro gl'immessi in possesso temporaneo i beni dell'assente, quando egli ritorni o ne venga provata l'esistenza (art. 33, cod. civ.) non può essere estinta per prescrizione; perchè il possesso di costoro è tenuto in nome dell'assente, pel quale essi amministrano in virtù di un mandato legale; ed anche dopo cessata l'assenza quel possesso mantiene la qualità di *precario*, nè potrebbe quindi dar fondamento alla prescrizione, se non quando fosse avvenuta una *interversione di titolo* (art. 687 § 2, 2115, 2116, cod. civ.).

L'azione per ricuperare i beni contro gl'immessi in possesso definitivo, quando l'assente ritorni o ne sia provata l'esistenza (art. 39, cod. civ.) è anch'essa *imprescrittibile*. E la ragione di ciò — secondo l'opinione nostra — è che gli stessi possessori definitivi non esercitano questo possesso a vero titolo di proprietà, sia pure risolubile, con animo quindi di avere come proprii i beni lasciati dall'assente; ma questi beni tengono come formanti tuttora il patrimonio di lui, li tengono a titolo appunto di semplice *immissione in possesso* — com'è detto sempre nel testo — sebbene a questa immissione la legge annetta per eccezionale favore attributi simili a quelli della vera e piena proprietà; ond'è che questo possesso, *non esercitato con animo di tener la cosa come propria*, non può essere efficace per gli effetti della prescrizione. Dal che deducemmo che nel caso stesso d'immissione in possesso definitivo, cessata che fosse l'assenza per la ricomparsa dell'assente o per la prova avuta della sua esistenza, non comincierebbe però il corso della prescrizione contro le azioni esperibili dall'assente o dai suoi rappresentanti per ricuperare i beni, se non quando

fosse avvenuta *interversione di titolo* a senso dell'art. 2116 del codice civile (1).

Ma l'azione, che a termini dell'art. 44 si può esercitare in petizione della eredità, o per altri diritti spettanti all'assente, è soggetta a prescrizione secondo le regole comuni a vantaggio di coloro che, in mancanza dell'assente e nell'incertezza che vi era circa l'esistenza di lui, hanno ottenuta la devoluzione della successione a cui egli sarebbe stato chiamato, o non hanno subìto l'esercizio dei diritti particolari ch'egli avrebbe avuti contro di loro. Ciò infatti è perfettamente conforme ai principii: perchè il possesso esercitato da queste persone è *a titolo di proprietà*, è tenuto da esse *in proprio nome;* talchè non può essere dubbia la legittimità di tale possesso (art. 686, cod. civ.) e la conseguente idoneità di esso a formare base della prescrizione (art. 2106, cod. civ.). Oltre di che è pure da ricordare come quel possesso sia esercitato dalle predette persone per diritto esclusivamente proprio, non già per successione all'assente; cosicchè quando questi ritorni, o ne sia provata l'esistenza, non si produce veramente una *risoluzione di dominio* in danno di coloro che in mancanza dell'assente avevano posseduto, ma quel loro dominio è ridotto alla condizione di meramente *apparente*, e vi si sostituisce il dominio *reale* spettante all'assente od ai suoi rappresentanti od aventi causa (2). Poichè dunque non si tratta qui di un dominio risolubile, ma di un *dominio apparente*, non può più essere impedito il corso della prescrizione per la pendenza d'una condizione risolutiva (art. 2120 § 2, codice civile). E la semplice apparenza della proprietà non formando certamente ostacolo all'acquisto effettivo e legittimo di essa mediante la prescrizione, quando d'altronde il possesso riunisca gli elementi necessari per essere atto a prescrivere; ne seguirà dunque non solo che le azioni eser-

---

(1) V. sopra, n. 218, p. 1040-1045.
(2) V. sopra n. 238 p. 1208, ss.

cibili a tenore dell'art. 44, cod. civ. possano essere estinte per prescrizione, ma eziandio che il corso di questa debbasi computare *anche durante l'assenza*, risalendo fino al giorno in cui si aprì la successione alla quale l'assente era chiamato, o in cui siano nati gli altri diritti dei quali si tratti.

L'accennata ultima parte del nostro articolo 44 dice, in genere, che questi diritti di petizione d'eredità od altri " *non si estinguono se non dopo decorso il tempo stabilito per* " *la prescrizione* „ senza determinare specialmente quale sia questo tempo. Da ciò dovrebbesi indurre che fosse applicabile la prescrizione ordinaria di trent'anni, colla quale si estinguono tutte le azioni sì reali che personali, ogni volta che la legge non stabilisca eccezionalmente un tempo diverso (art. 2135, cod. civ.). E questa massima è certamente da adottarsi quanto all'azione in petizione di eredità; tanto più che ciò è conforme anche al disposto dell'art. 943 del codice civile. Ma all'azione in petizione di eredità può aggiungersi l'altra in *rivendicazione* di particolari beni ereditari, che alienati dall'erede apparente si trovino presso terzi possessori. E ammesso che vi sia luogo, secondo le regole che stabiliremo appresso, ad esercitare contro i terzi predetti una tale azione, è certo però che ad essa sarà sempre opponibile la prescrizione, colla quale i possessori dei beni ereditari abbiano potuto acquistarne la proprietà, secondo le regole comuni. Se dunque si tratti di *beni immobili*, che il terzo abbia acquistati *in buona fede*, ed *in forza di un titolo valido per la forma e debitamente trascritto*, ne sarà compiuta la prescrizione col decorso di soli dieci anni dalla data della trascrizione (art. 2137, codice civ.); e se si tratti di *beni mobili*, il solo *possesso in buona fede* produrrà a favore del terzo l'acquisto immediato della proprietà di essi (art. 707, cod. civ.).

Relativamente ai *diritti particolari*, che l'assente od i suoi rappresentanti od aventi causa esercitino, a tenore del detto art. 44, non sarà esclusivamente applicabile la prescrizione trentennaria, ma potrà esserlo pure qualcuna

delle prescrizioni più brevi ammesse dalla legge, secondo il diverso oggetto di quei diritti.

Così, se siano le pensioni d'una rendita vitalizia, che vengano reclamate dall'assente, o dai suoi rappresentanti od aventi causa, potrà essere opposta dal debitore della rendita la prescrizione quinquennale (art. 2144 § 1, cod. civile).

E forse fu appunto perchè il tempo necessario a prescrivere può essere ora l'ordinario di trent'anni, ora uno più breve, che l'art. 44, disponendo in generale, tanto per la petizione di eredità, quanto per gli altri diritti, nulla ha dichiarato riguardo al tempo, rimettendosi così tacitamente alle norme comuni.

243. — Stabilito nell'art. 44 del codice civile che la devoluzione ad altri d'una successione, alla quale sarebbe stata chiamata in tutto od in parte una persona assente, *non pregiudica alla petizione di eredità, nè agli altri diritti*, che spettino all'assente medesimo, od ai suoi rappresentanti od aventi causa; rimane però da conoscersi quali oggetti l'esercizio delle azioni predette possa comprendere, tanto rimpetto a coloro stessi in favore dei quali la devoluzione della successione siasi operata, quanto rimpetto a terze persone che per titolo universale o particolare siano subentrate a quelli nel possesso dei beni componenti l'eredità. In altri termini, si tratta di determinare se coll'azione in petizione di eredità, o con altre, possano chiedersi ai possessori, ai quali in virtù dell'art. 43 del codice civile erasi devoluta la successione, od a chi abbia causa da loro, i frutti che abbiano percepiti sui beni della eredità, alla quale era chiamato in tutto od in parte l'assente; se quelle azioni possano estendersi a domandare ai possessori stessi, od a chi li rappresenti, il risarcimento dei danni che siano derivati da deteriorazioni verificatesi nei beni dell'eredità, o da alienazioni che i possessori predetti ne abbiano fatte; se infine i diritti dell'assente, o de' suoi rappresentanti od

aventi causa possano pure farsi valere, ed entro quali limiti, e con quali effetti, contro i terzi, a favore dei quali siano state fatte alienazioni dai possessori della eredità. In questo numero e nel seguente ci proponiamo appunto di trattare codesti argomenti gravi e controversi, uno dei quali soltanto — quello relativo ai frutti — trova risposta espressa in una disposizione di questo titolo, cioè nell'art. 45; ma il legislatore italiano ha poi stabilito nell'art. 933, relativamente all'*erede apparente*, alcune regole generali, che in parte risolvono esplicitamente, e in parte danno fondamento a risolvere anche gli altri quesiti sopra cennati. E perciò, senza intendere di anticipare una spiegazione completa di quest'ultima disposizione, la quale spiegazione deve avere altra sede, ci sarà necessario tuttavia di rilevarne ora quelle massime, che essendo applicabili anche alla materia dell'assenza, servono a completare in una parte importantissima le teorie che la concernono.

Diciamo doversi riguardare la disposizione dell'art. 933, relativa all'*erede apparente*, come applicabile anche per coloro ai quali siasi devoluta una successione a cui sarebbe stato chiamato in tutto od in parte l'assente; essendo essi pure veramente *eredi apparenti*. Sotto questo nome, infatti, s'intendono compresi tutti coloro, che essendo successibili al defunto, pongonsi in possesso della eredità di lui, non presentandosi altre persone chiamate preferibilmente alla successione, e per tale possesso pubblico e pacifico della eredità sono notoriamente considerati come veri eredi. Ciò può verificarsi per la semplice inazione di quelli a cui spetterebbe prima il diritto di successione; ma può verificarsi pure per la loro assenza. Così dunque le regole stabilite nell'art. 933, circa gli atti che siano stati compiuti dagli eredi apparenti, valgono anche pei casi contemplati negli art. 43 e 44 del codice civile. L'ultima di tali regole è, che “ l'erede apparente *di buona fede* non è tenuto alla “ restituzione dei frutti, se non *dal giorno della domanda* “ *giudiziale* „; e ciò concorda perfettamente colla disposi-

zione speciale per l'assenza, scritta nell'art. 45, ov'è detto: " Finchè l'assente *non si presenta, o le azioni a lui compe-* " *tenti non sono promesse* in suo nome, quelli che hanno rac- " colta la successione non sono obbligati a restituire i frutti " da essi percepiti *in buona fede* „.

Diciamo che l'una di queste disposizioni equivale all'altra, non ostante la diversità della forma in cui sono espresse: perchè da amendue risulta — come dimostreremo appresso, commentando questo articolo 45 — che affinchè l'erede apparente non sia tenuto a restituire i frutti prodotti dai beni ereditari, a chi agisca in petizione d'eredità, è necessario il concorso di due distinte condizioni; cioè che il possessore della eredità abbia percepiti quei frutti *in buona fede*, e *prima della domanda giudiziale.*

Adottando questa massima — ch'era ritenuta parimente nei codici anteriori (art. 138, codice Napoleone; 144, codice D. S.; 872, codice Parmense; 102, codice Albertino; 71, cod. Estense) — furono abbandonati in parte i principii del diritto romano, che non sarà inopportuno ricordare. Secondo quelle leggi facevasi una prima e fondamentale distinzione tra le *cause universali* e le *cause singolari* di possesso; tra il possessore d'una universalità giuridica, quale appunto è l'*erede putativo*, e il possessore di oggetti particolari, come il *compratore di beni appartenenti ad una terza persona*. Nel primo ordine di casi l'azione esercibile contro il possessore era quella di *petizione d'eredità*, nel secondo era quella di *rivendicazione;* e tra l'una e l'altra vi erano, anche quanto alla restituzione dei frutti, notevoli differenze, nella ipotesi almeno che il possessore fosse *in buona fede*. Supposto ch'egli fosse *in mala fede* doveva sempre restituire tutti i frutti, ancorchè percetti prima della contestazione della lite, tanto se esistessero ancora, quanto se li avesse già consunti, e ne avesse o no profittato in aumento del proprio patrimonio: anzi doveva rispondere eziandio dei *frutti percipiendi*, cioè di quelli che usando una maggiore diligenza, quella che sarebbe conve-

nuta ad un buon padre di famiglia, sarebbersi potuti ottenere. Trattavasi di un possessore per *causa singolare?* Non vi era fondamento alcuno, a cui potesse appoggiarsi l'acquisto dei frutti a favore di lui, mancandogli il dominio e la buona fede; e d'altra parte non potevasi ammettere che il vero padrone soffrisse danno per l'ingiusto possesso tenuto da altri della cosa sua. Trattavasi invece d'un possessore per *causa universale*, d'un *erede apparente?* L'equità richiedeva che si provvedesse a rendere indenne il vero erede, anziche colui che scientemente aveva ritenuto un patrimonio ereditario, che ad altri doveva spettare.

Ma se il possessore fosse stato *in buona fede*, dovevasi allora, secondo le leggi romane, tener conto della distinzione tra il possessore d'una *universalità giuridica* e il possessore di *beni singoli* appartenenti ad altri. In quest'ultimo caso, il possessore di buona fede lucrava tutti i frutti, di qualunque specie, percetti anteriormente alla contestazione della lite; consigliando la equità e l'interesse pubblico di parificare, quanto all'appropriazione dei frutti, al vero padrone colui, che tale credendosi aveva in questa qualità posseduta la cosa e trattine i frutti. “ Bonae fidei emtor non “ dubie percipiendo fructus, etiam ex aliena re, suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia et opera ejus “ pervenerunt, sed omnes: *quia, quod ad fructus attinet,* “ *loco domini pene est* „ (L. 48, D. *De acquirendo rerum dominio*). Quando però il possessore, sebbene fosse stato in buona fede al cominciare del possesso, avesse più tardi conosciuto appartenere ad altri la cosa da lui tenuta, e della quale percepiva i frutti, divenendo allora *di mala fede*, doveva restituire quelli che avesse percetti dal detto momento in poi: e in mala fede doveva pure ritenersi venuto, ed essere quindi soggetto alla medesima obbligazione, dal giorno della contestazione della lite mossagli, non potendo egli allora allegare più di avere ignorato che la cosa appartenesse ad altri (L. 4 § 2, D. *Finium regund.*; L. 22, C. *De rei vindicat.*). Nel caso invece che formasse oggetto del

possesso una *universalità giuridica*, i frutti prodotti dai beni che la componevano venivano considerati come parte ed accessorio della eredità, e dovevano quindi seguirne la sorte. Da ciò derivava la massima enunciata nella L. 20 § 3, D. *De hereditatis petitione* " fructus autem omnes au- " gent hereditatem, sive ante aditam, sive post aditam " hereditatem accesserint „. Nondimeno il possessore *di buona fede* — a differenza di quello di mala fede — non era tenuto alla restituzione dei frutti, se non in quanto ne avesse tratto vantaggio in aumento del proprio patrimonio. " Praedo fructus suos non facit, sed augent hereditatem... " *In bonae fidei autem possessore hi tantum veniunt in resti-* " *tutione, quasi augmenta hereditatis, per quos locupletior* " *factus est* „ (L. 40 § 1, D. *De hered. petit.*).

Da tutto ciò risultavano dunque le regole seguenti: I possessori, così di buona, come di mala fede, erano egualmente tenuti a restituire a chi agiva in petizione di eredità tutti i frutti, di qualunque specie, percetti posteriormente alla contestazione della lite; perchè dopo questo momento anche chi era stato in origine possessore di buona fede, aveva cominciato a sapere di possedere cosa non sua, e doveva perciò essere soggetto, da quell'istante, agli stessi obblighi di colui che fosse sempre stato in mala fede. Ma, per quanto concerneva i frutti percetti *prima che la lite fosse contestata*, vi era una differenza importante tra il possessore di buona e quello di mala fede. Quest'ultimo era tenuto a restituire tutti indistintamente quei frutti, ancorchè non ne avesse ricavato alcun aumento nel proprio patrimonio. All'opposto il possessore di buona fede doveva bensì restituire *i frutti ancora esistenti;* ma di quelli che avesse *consunti* era tenuto solamente in quanto se ne fosse avvantaggiato, ne fosse divenuto più ricco " *quatenus locu-* " *pletior factus est* „.

Confrontando ora con queste massime del diritto romano le disposizioni dei nostri articoli 45 e 933 § ult. facilmente se ne scorge la differenza sostanziale. Non è più ammessa

nel diritto nostro la distinzione, che le leggi romane facevano, in relazione all'acquisto dei frutti, tra il possessore *per causa universale* — quale l'erede putativo — e il possessore *per causa singolare;* non si ritiene più che quello, a differenza di questo, debba restituire anche i frutti che abbia percetti *in buona fede*, qualora ne abbia tratto lucro in aumento del proprio patrimonio, secondo la massima “ *Omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori,* “ *quam praedoni* „ (L. 28, D. *De hered. petit.*). Attualmente, invece, tanto l'erede apparente quanto il possessore di singoli beni altrui, lucrano indistintamente tutti i frutti che abbiano percepiti *in buona fede e prima della domanda giudiziale.* Infatti nell'art. 703, riguardante il possesso a titolo particolare, è stabilito che “ il possessore *di buona fede* fa “ suoi i frutti, e non è tenuto a restituire se non quelli che “ gli siano *pervenuti dopo la domanda giudiziale* „. E questa disposizione concorda pienamente colle altre degli art. 45 e 933 § ult. concernenti il possessore d'una universalità giuridica, l'*erede apparente.* Diciamo che queste disposizioni concordano; ma sarebbe erroneo il considerare quelle degli art. 45 e 933 § ult. come una semplice applicazione della regola generale risultante dal detto art. 703. Oltre che questo riguarda il possesso di beni singoli, e gli altri il possesso d'una universalità giuridica, pei quali casi distinti avrebbero potuto essere stabilite, come vi erano in diritto romano, regole differenti; è da riflettere, che veramente tra l'erede apparente e il possessore di beni particolari appartenenti ad altri, la condizione giuridica è sostanzialmente diversa. Trattandosi di *beni particolari*, il possessore, che a termini dell'art. 703 *fa suoi i frutti pervenutigli fino al giorno della domanda giudiziale*, ha il fondamento del proprio possesso in un *titolo traslativo di proprietà;* giacchè, secondo l'art. 701, non può essere *possessore di buona fede* se non chi possegga come proprietario, *in forza d'un titolo abile a trasferire il dominio*, del quale titolo ignori i vizi. All'opposto, colui al quale si

è devoluta una successione, a cui era chiamata di preferenza un'altra persona assente, o in generale l'*erede apparente*, non ha in proprio favore alcun titolo vero; egli non era che *erede putativo*, aveva la semplice opinione, la semplice credenza che spettasse a lui una eredità appartenente veramente ad altri; opinione e credenza da non potersi certo paragonare ad un titolo realmente esistente. Era appunto per questa considerazione, e perchè i frutti prodotti dai beni ereditari sono un'accessione di essi, che le leggi romane ritenevano obbligato l'erede apparente, sebbene fosse stato in buona fede, a render conto all'erede vero anche di quei frutti, qualora li avesse conservati, ovvero se ne fosse avvantaggiato nel patrimonio proprio, come doveva rendere conto di qualunque altro profitto che avesse tratto dai beni della successione. Nel diritto moderno si è però abbandonata questa teoria, e si è ritenuto invece che il possessore d'una universalità giuridica, al pari di chi possieda per causa particolare singoli beni altrui, non sia obbligato a restituire altri frutti fuor di quelli *percetti posteriormente alla domanda giudiziale*, purchè e fino a quando siasi trovato *in buona fede;* come appunto risulta anche dagli articoli 45, 703 e 933 § ult. del codice Italiano. Quali furono i motivi di questa innovazione? Il *Pothier* aveva fatto notare che la giurisprudenza francese, adottando in massima le distinzioni consacrate dal diritto romano, riteneva nella pratica che tanto per le somme-capitali che un *erede putativo* avesse realizzate — riscuotendo somme dai debitori della successione, od esigendo il prezzo di beni appartenenti alla eredità, che avesse venduti — quanto pei frutti che lo stesso erede apparente avesse percepiti, fosse da presumersi che quelle somme o quei frutti avessero servito ad aumentare il patrimonio del possessore, e spettasse a lui il somministrare la prova in contrario, se volesse esimersi dal renderne conto al vero erede. Ma lo stesso autore osservava esservi una differenza grande tra l'un caso e l'altro; perchè “ se è presumibile che un padre di fami-

" glia conservi la sostanza capitale che crede appartenergli,
" è da presumersi all'opposto che spenda le rendite; e il
" possessore di buona fede riguardando come rendite pro-
" prie i frutti percepiti dai beni d'una successione che re-
" puta spettargli, si dovrebbe presumere che le avesse spese,
" o per vivere più largamente, o impiegandole in elemo-
" sine, e insomma che non se ne sia arricchito, salvo che
" si provi il contrario; e per conseguenza egli dovrebbe
" essere esonerato dal rendere conto dei frutti „ (1).

Ciò che il *Pothier* suggeriva come rimedio adottabile in via di *semplice presunzione di fatto*, venne convertito dalle legislazioni posteriori, e fra le altre dalla nostra, in una *presunzione legale assoluta*. Conveniva proteggere la buona fede del possessore, tanto più quando egli abbia assunto il possesso in virtù della devoluzione, dalla legge espressamente dichiarata in suo favore, d'una successione alla quale sarebbe stata preferibilmente chiamata una persona assente (art. 43, cod. civ.). Conveniva evitare a questo possessore di buona fede la rovina, in cui potrebbe incorrere qualora venisse costretto a restituire frutti, che potrebbe avere da molto tempo consunti reputandoli definitivamente propri. D'altronde è presumibile naturalmente che le rendite siano state spese, anzichè impiegate in aumento del patrimonio del possessore. E il tenere questa come presunzione semplice, suscettibile di prova contraria, esporrebbe a liti pericolose, per la difficoltà delle prove che sarebbero da farsi, e sconvenienti per la necessità che vi sarebbe — come notava il *Pothier* " di entrare nel segreto degli affari dei " privati, ciò che non dev'essere permesso „. Si è quindi adottato un sistema più decisivo: e sul fondamento della presunzione che le rendite siano state spese dal possessore, si è negata contro di lui al vero erede l'azione per chiedere la restituzione dei frutti, che siano stati percepiti in buona fede anteriormente alla domanda giudiziale; col che

(1) V. Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*, n. 430.

quella presunzione fu resa appunto *assoluta*, tale cioè da non potersi ammettere contro di essa veruna prova (articolo 1353, cod. civ.).

Abbiamo già accennato superiormente che non ostante la diversa forma in cui sono concepite le due disposizioni dell'art. 41, e dall'art. 933 § ultimo, il loro senso è però identico, e da amendue si esige, per l'esenzione del possessore dall'obbligo di restituire i frutti, il concorso di due distinte condizioni, cioè che il possessore sia *in buona fede*, e che il vero erede non gli abbia ancora intimata la domanda giudiziale al tempo della percezione di quei frutti.

Invero una lettura superficiale di quelle due disposizioni potrebbe dar luogo a credere che esistesse una reale differenza tra esse; dicendosi nell'art. 45 che quelli i quali hanno raccolta la successione in luogo dell'assente “ non “ sono obbligati a restituire i frutti *da essi percepiti in* “ *buona fede* „ e nell'art. 933 § ultimo, che l'erede apparente non è tenuto alla restituzione dei frutti “ *se non dal* “ *giorno della domanda giudiziale* „. Però questa ultima disposizione si riferisce espressamente nelle sue prime parole al solo *erede apparente di buona fede;* onde è chiaro che per esimere il possessore dell'eredità dall'obbligo di restituire i frutti, non basta che non gli sia ancora stata intimata, al tempo della percezione di essi, la domanda giudiziale del vero erede, ma bisogna inoltre che il possessore sia *in buona fede*. E l'art. 45 non si limita già a dichiarare che chi abbia raccolta una successione, alla quale fosse chiamata a preferenza una persona assente, non debba restituire i frutti che abbia percepiti in buona fede, ma comincia con quelle parole “ finchè l'assente non “ si presenta, o le azioni a lui competenti non sono pro- “ mosse in suo nome „ ; dalle quali parole risulta indubbiamente che dal giorno della domanda giudiziale, promossa dallo stesso assente che si presenti, o da chi agisca in suo nome, il possessore è obbligato a restituire i frutti,

senza che possa essere ammesso ad allegare di averli percepiti in buona fede.

Del resto quella frase " *finchè l'assente non si presenta* „ non potrebbe riferirsi alla semplice ricomparsa materiale di lui nel luogo dell'ultimo suo domicilio o dell'ultima sua residenza. Può darsi che questo fatto rimanga ignorato da quelli che raccolsero l'eredità, od anche essendo informati del ritorno dell'assente, può darsi però che essi non sappiano che spetti a lui la successione, e perciò continuino a possedere in buona fede; nè allora vi sarebbe ragione per obbligare i possessori alla restituzione dei frutti percetti prima che il vero erede promuovesse giudizialmente la petizione di eredità. D'altra parte, poichè devesi stabilire il senso d'una disposizione di legge avendo riguardo alla connessione delle parole in cui è formulata (art. 3, Disposizioni preliminari), non è lecito separare quella prima frase " finchè l'assente non si presenta „ dalla seguente: " *le azioni a lui competenti non sono promosse in suo nome* „. Queste ultime parole dimostrano che il fatto avuto in considerazione dal legislatore è veramente ed unicamente l'esercizio giudiziale della petizione di eredità, o degli altri diritti spettanti all'assente, e che dunque anche nella parte precedente, in cui parlava del *presentarsi di lui*, il legislatore intendeva di riferirsi al promuoversi dall'assente stesso la petizione di eredità, non al semplice fatto della ricomparsa nel luogo ove aveva avuto l'ultimo domicilio o l'ultima residenza.

Crediamo pertanto non potersi dubitare della massima già accennata, che cioè la *buona fede* dell'erede apparente, e il *non essere ancora stata promossa domanda giudiziale* in petizione di eredità, dall'assente o da chi agisca in suo nome, sono due condizioni ben distinte, delle quali è necessario che si verifichi il concorso al tempo in cui dal possessore siano stati percepiti i frutti, acciocchè egli goda del benefizio di non essere obbligato a restituirli. Così l'erede apparente che fosse *in mala fede* — cioè conoscesse

l'esistenza dell'assente e il diritto di lui alla successione apertasi — dovrebbe restituire all'assente medesimo od a chi lo rappresentasse i frutti, ancorchè percetti prima che venisse promossa in giudizio la domanda di petizione d'eredità; e l'erede apparente, contro cui venisse intentata la detta azione, dovrebbe restituire i frutti percetti posteriormente al giorno della domanda giudiziale, senza che potesse allegare a proprio favore la buona fede.

Alcuni giureconsulti hanno pensato che l'essere stata promossa la domanda giudiziale contro il possessore della eredità escluda la buona fede di lui; dal che deriverebbe che realmente fosse una sola la condizione richiesta per esonerare il possessore stesso dall'obbligo della restituzione dei frutti, cioè l'averli egli percepiti *in buona fede;* poichè il contrario si verificherebbe necessariamente, al dire di questi giuristi, dal momento in cui fosse intentata in giudizio la petizione di eredità. Ma questa idea non è veramente esatta. Quantunque chiamato in giudizio, l'erede apparente può ancora essere in buona fede, credendo che non competa all'assente il diritto di successione reclamato da lui o in nome di lui. Crediamo giusta l'osservazione fatta in proposito da un moderno scrittore: " Il Pothier —
" egli disse — ritiene che dal momento della domanda in
" petizione di eredità, il possessore di buona fede debba
" cessare d'essere reputato tale, e per conseguenza debba
" restituire i frutti che percepisce. Ammettiamo la deci-
" sione, ma non il motivo, perchè non è esatto il dire che
" dal momento della domanda il possessore divenga *di*
" *mala fede*. Se egli è tenuto a restituire i frutti, è solo
" perchè l'attore deve ottenere dalla sentenza tutto ciò che
" avrebbe conseguìto se la controversia fosse stata decisa
" immediatamente, non potendo le lentezze della giustizia
" nuocere a quelli che sono posti nella necessità di ricor-
" rere ad essa „ (1).

(1) V. Laurent, t. II, n. 542.

Qualche commentatore del nostro codice ha opinato invece che *la sola domanda giudiziale* possa costituire in mala fede i possessori della eredità, il che dunque condurrebbe ancora a ritenere necessaria una sola condizione perchè l'erede apparente fosse disobbligato dalla restituzione dei frutti; se non che codesta condizione non consisterebbe più nella *buona fede* del possessore, ma nel non essere egli stato citato in giudizio, giacchè sarebbe questo l'unico modo per stabilire a carico di lui la *mala fede*.

" Secondo il diritto romano — così dissero questi scrit-
" tori — il possessore cominciava ad essere in mala fede
" allorchè avesse saputo di non essere proprietario, quan-
" tunque non si fosse ancora promossa azione contro di
" lui (L. 20 § 6 e 11, D. *De hered. petit.*). Ma a fronte degli
" art. 701, 702, 703 e 933 del nuovo codice, insieme
" combinati, crediamo che nel caso in esame *la mala fede*
" *comincierà soltanto dal giorno della domanda giudiziale* „ (1).
Questo pensiero ci sembra anche più manifestamente erroneo di quello che combattemmo precedentemente.

Gli articoli 701, 702, 703 riguardano il possesso di beni singoli, a titolo particolare, non il possesso di una universalità giuridica, di una eredità; pel qual caso dispongono invece gli art. 45 e 933. Ma quando pure si abbia a ricorrere per analogia a quei primi articoli, ci sembra chiaro doversene trarre conclusioni affatto opposte a quelle che ne deducono i lodati autori. La buona fede, com'è definita nell'art. 701, consiste nell'*ignorare i vizi di cui sia infetto il titolo* in virtù del quale si possiede, ed a questa definizione si riferiscono i successivi articoli 702 e 703. Ora, applicando questa definizione al caso nostro, ne risulterà doversi ritenere *in mala fede* coloro, che abbiano raccolta la successione, alla quale era chiamato l'assente, quando essi conoscano i fatti pei quali l'assente stesso od i suoi

---

(1) V. Astengo ed altri, *Codice civile confrontato*, ecc., art. 5, § 14, vol. I, pag. 358.

rappresentanti od aventi causa potrebbero esercitare attualmente la petizione d'eredità; il che può verificarsi indipendentemente dall'essere già stata proposta la relativa domanda giudiziale. D'altronde, se il possessore è in mala fede, quantunque non sia ancora stato chiamato in giudizio, mancano evidentemente i motivi di equità che hanno fatto esimere il possessore dall'obbligo di restituire i frutti; motivi consistenti nel proteggere la buona fede di lui, e salvarlo da una rovina a cui potesse incolpevolmente andare incontro.

In diritto romano non si dubitava che fosse tenuto alla restituzione di tutti i frutti ogni possessore il quale si trovasse in mala fede, e che in mala fede avesse da reputarsi per ciò solo che sapesse essere d'altri la cosa, sebbene non fosse ancora contestata la lite, anzi neppure fosse stata promossa la controversia (L. 23 § 1, D. *De acquir. rerum dominio;* L. 25 §§ 2, 5, 7, D. *De hered. petit.*). — Gli stessi principii erano pure professati dagli autori francesi (1).

Certamente però, dei frutti percetti anteriormente alla domanda giudiziale non potrebbesi pretendere la restituzione, se non provando che il possessore fosse già in mala fede quando li percepiva; perchè la buona fede è sempre da presumersi, e chi allega la mala fede deve darne la prova (arg. art. 702, codice civile).

Abbiamo detto che per costringere il possessore a restituire i frutti da lui percetti anteriormente alla domanda giudiziale, sarebbe necessario provare che egli *fosse in mala fede al momento della percezione dei frutti* medesimi; perchè, secondo la nostra legge, sono principii da ritenersi come fondamentali questi due: che non basta per l'acquisto dei frutti della eredità la buona fede iniziale al tempo dell'assunzione del possesso, e che la buona fede è necessaria nei singoli atti di percezione dei frutti, al cui acquisto si pretende.

---

(1) V. Duranton, t. I, n. 585; Marcadé, art. 138, § 3, t. I, n. 482; Demolombe, t. II, n. 229.

Non può esservi dubbio quanto al primo di questi principii. Esso era chiaramente stabilito dalla legge romana in ordine al S. C. d'Adriano: “ De eo loquitur Senatus, qui “ ab initio mente praedonis res hereditarias adprehendit. “ Quod si ab initio quidem justam causam habuit adipi- “ scendae possessionis, postea vero conscius ad se nihil “ hereditatem pertinere, praedonio more versari coepit, “ nihil Senatus loqui videtur. *Puto tamen, et ad eum mentem* “ *Senatus consulti pertinere: parvi enim refert, ab initio quis* “ *dolose in hereditatem sit versatus, an postea hoc facere* “ *coepit* „ (L. 25 § 5, D. *De heredit. petit.*).

Trattandosi poi di frutti, che vengono prodotti periodicamente dai beni della eredità, e che il possessore fa propri a misura che li raccoglie, è conseguente che la buona fede, da cui tale appropriazione dipende, debba considerarsi nei singoli momenti, nei quali la percezione avviene. In questo senso una delle leggi romane, che abbiamo sopra citate, rispondeva al quesito, se alla buona fede dovesse aversi riguardo al solo cominciamento della serie degli atti i cui effetti fossero controversi, o piuttosto nei singoli istanti in cui ciascun atto si fosse compito: “ Quaestio in eo est, utrum initium spectemus, an sin- “ gula momenta? Et *magis est, ut singula momenta spectemus* „ (L. 23 § 1, D. *De acquir. rerum dominio*).

Con tale concetto concorda il testo del nostro art. 45. che dichiara non obbligati i possessori della eredità a “ restituire i frutti *da essi percepiti in buona fede* „ ond'è chiaro che solo *mediante la percezione eseguita in buona fede*, fa propri i frutti colui al quale in virtù dell'art. 43 si è devoluta la successione, a cui era chiamato l'assente. Così dunque, quando si trattasse di frutti percepiti dopo che era cessata la buona fede dei possessori, questi non potrebbero appropriarsi i frutti medesimi, non ostante che al sopraggiungere della mala fede fosse già oltrepassato il tempo della maturità e dell'ordinaria raccolta di essi; come d'altra parte, allorchè fossero stati percetti durante

la buona fede, non importerebbe che al tempo in cui venisse esercitata la petizione di eredità non fossero ancora consunti, e l'attore li trovasse tuttora esistenti presso i possessori.

Nè manca d'importanza il notare una differenza di espressione, che vi è tra questo art. 45 ed il 703 riguardante il possesso di beni a titolo particolare; essendo parlato in quest'ultimo articolo di frutti *pervenuti* al possessore di buona fede dopo la domanda giudiziale. E la parola *pervenuti*, riferita ai frutti, ha un significato più esteso che l'altra parola "*percetti*"; perchè vi sono *frutti civili* — tra cui la nostra legge annovera anche *i fitti e le pigioni dei fondi* (art. 444, cod. civ.) — i quali, a differenza dei *frutti naturali*, non si acquistano mediante la percezione, ma in ragione del tempo pel quale ha durato il diritto di farli proprii (art. 480, 481, cod. civile). Ora noi crediamo che questi *frutti civili* dovranno intendersi acquistati *giorno per giorno*, fino a quello della domanda giudiziale, da chi possiede in buona fede *beni particolari* altrui; perchè a senso dell'art. 703, combinato col 481 applicabile per analogia, potranno dirsi *pervenuti* al possessore stesso prima di quella domanda. Ma se trattisi invece d'un *erede apparente*, — come colui che in virtù dell'art. 43 del codice civile abbia assunto il possesso dei beni d'una successione a cui sarebbe stato chiamato con preferenza un assente, — questo possessore non farà propri i frutti civili, e fra gli altri i fitti e le pigioni dei fondi, se non quando siano scaduti e siano stati da lui *effettivamente riscossi* mentr'egli si trovasse ancora in buona fede, nè fosse stata promossa a suo carico la domanda giudiziale; perchè l'art. 45 parla di frutti *percepiti prima di questa domanda o durante la buona fede* del possessore.

Vi è veramente un'autorevole opinione nel senso che il possessore d'una eredità sia in questo particolare da parificarsi completamente al possessore di beni a titolo particolare, che amendue facciano propri i frutti in ragione

del tempo, anteriore alla domanda giudiziale, durante il quale siano stati in buona fede (1).

Ma non ci sembra che tale opinione possa essere seguita sotto il codice nostro, dovendosi avere riguardo appunto al diverso modo di espressione adottato negli articoli 45 e 703. La questione, se ai possessori di buona fede, quanto all'acquisto dei frutti civili, fossero applicabili le stesse regole stabilite per gli usufruttuari, era già vivamente controversa nella dottrina e nella giurisprudenza francese: ed è da pensare che nell'intendimento appunto di risolverla in favore del possessore di beni singoli, il legislatore italiano abbia formulato il testo dell'art. 703, introducendovi quella parola — *pervenuti* — che può comprendere, oltre alla materiale *percezione*, anche l'*acquisizione legale* de' frutti, conformemente alla regola risultante dall'art. 481. Ma non essendosi estesa la stessa modificazione di forma all'art. 45, riguardante il possesso della eredità spettante all'assente, nel quale articolo si è mantenuta l'espressione di *frutti percepiti in buona fede* da chi ha raccolta la successione, sembra doversene dedurre la intenzione del legislatore di stabilire relativamente a questo caso una regola diversa, e far dipendere l'acquisto dei frutti, non solo naturali, ma anche *civili*, dal *fatto* della percezione avvenuta mentre il possessore sia ancora in buona fede. D'altronde, la differenza, che viene così a risultare, tra il possessore a titolo particolare, e quello di una eredità, è anche giustificabile razionalmente. Il primo ha *un titolo* abile a trasferire il dominio, in virtù del quale possiede, un titolo che il più delle volte sarà stato oneroso: ed è giusto che al compratore, per esempio, il quale ha acquistata una cosa credendone proprietario chi glie la vendeva e sborsandone il prezzo, si conceda il diritto di far propri i frutti, anche civili, della cosa stessa, i fitti o le pigioni del fondo, in ragione del tempo pel quale ha

---

(1) V. Laurent, t. VI, n. 206, t. X, n. 547.

durato il posssesso di buona fede anteriormente alla domanda giudiziale, ancorchè una parte di quei frutti, di quei fitti, di quelle pigioni, sia venuta a scadere solamente dopo. Ma il possessore dei beni d'una successione spettante ad altri, l'erede apparente, non ha titolo alcuno; e posto lui a fronte dell'erede vero non si è trovata ragione sufficiente per concedere a quel possessore non solo i frutti che avesse effettivamente percetti durante il suo possesso di buona fede e prima della domanda giudiziale, ma quelli pure che a tale periodo fossero riferibili, calcolandoli giorno per giorno. Per attribuire al possessore dell'eredità i frutti, anche civili, effettivamente percetti, vi è il motivo giustificante di proteggere la buona fede di lui, preservandolo dal danno talvolta rovinoso d'essere costretto a restituire frutti che forse ha consumati pei bisogni propri o della famiglia. Ma queste ragioni non sussistono quando si tratti di frutti civili non ancora riscossi. E se mai il possessore si trovasse in imbarazzi per avere impegnato anticipatamente rendite non anche scadute, non avrebbe che ad imputarlo a propria colpa, ben lungi che meritasse per ciò protezione dalla legge.

L'essere dispensato chi ha raccolta la successione spettante all'assente dall'obbligo di restituire i frutti percepiti in buona fede, è una eccezione fatta dalla legge al principio generale, secondo cui tutti i frutti prodotti dai beni ereditari, sino dal giorno dell'aperta successione, dovrebbero per diritto di accessione appartenere al vero erede. Niun dubbio pertanto che quando la condizione a cui l'eccezione è subordinata non si verifichi, quando all'opposto il possessore abbia percepiti i frutti in *mala fede*, egli debba esser tenuto a restituirli tutti, senz'alcuna distinzione o limitazione, all'assente, od a chi in nome di lui eserciti la petizione di eredità. Anzi in tal caso, non solo dovrebbe restituire i frutti percetti — restituire cioè in natura quelli che ancora esistessero, e pagare una somma corrispondente al valore di quelli che avesse consumati — ma dovrebbe compen-

sare eziandio l'assente, o chi per lui, dei *frutti percipiendi*, cioè di quelli che avrebbe potuto e dovuto ottenere usando la diligenza di buon padre di famiglia. Questa massima era espressamente consacrata dal diritto romano: " Fructus, " non quos perceperunt (inquit Senatus) sed *quos perci-* " *pere debuerunt, eos praestaturos* „ (L. 25 § 4, D. *De hereditatis petitione*); ed è conforme anche ai principii generali stabiliti dalla legislazione vigente. Colui che assume o mantiene il possesso di una eredità, che conosce appartenere ad altri, commette un fatto che arreca danno a questi, ed è quindi obbligato a risarcire il danno, non solo se deriva dal fatto proprio, ma anche da propria negligenza (art. 1151, 1152, cod. civ.) (1).

Vi sono spese che gravano i frutti; o per la stessa natura delle spese medesime, avendo esse per iscopo la produzione appunto di quei frutti, o per le norme e l'uso di una ordinaria amministrazione di buon padre di famiglia. Tali spese vanno quindi dedotte dai frutti, e per conseguenza debbono essere sopportate dai possessori dell'eredità quando, a termini dell'art. 45 del cod. civile, essi lucrano i frutti percepiti in buona fede anteriormente alla domanda giudiziale; in caso diverso i possessori hanno diritto al rimborso verso l'assente od i suoi rappresentanti, che insieme alla eredità ne reclamino i frutti.

Quantunque l'art. 45 parli soltanto dei frutti prodotti dai *beni d'una successione*, a cui fosse chiamato l'assente, e che siasi devoluta in luogo di lui a coloro coi quali egli avrebbe avuto diritto di concorrere, od a quelli a cui la successione sarebbe spettata in sua mancanza, le stesse massime sono però applicabili per identiche ragioni anche relativamente ai diritti particolari, che siansi aperti durante l'assenza, e che siano stati intanto raccolti da altri invece dell'assente (2).

---

(1) Duranton, t. I, n. 586; Demolombe, t. II, n. 217; Aubry e Rau, t. VI, § 616, 3°, nª 23.

(2) V. Demolombe, t. II, n. 215.

Conosciuto così quali siano i rapporti tra l'assente, od i rappresentanti od aventi causa di lui, e coloro che hanno raccolta una successione a cui l'assente medesimo era chiamato, relativamente ai frutti prodotti dai beni della eredità; resta ora da determinarsi quali altri rapporti possano esistere tra le persone medesime relativamente alla sostanza capitale, vale a dire quali obblighi incombano ai possessori verso chi eserciti la petizione di eredità, quanto ai beni che non possano essere restituiti com'erano al tempo dell'aperta successione, perchè siano stati alienati, o deteriorati, o in qualsiasi guisa modificati. Intorno a ciò nulla essendo stabilito dal codice in questo titolo dell'assenza, è d'uopo ricorrere alla disposizione dell'articolo 933, riguardante in genere gli *eredi apparenti*, la quale — come dimostrammo in principio di questo numero — è pure applicabile a coloro che abbiano raccolta una successione a cui sarebbe stato chiamato un assente; e dove in questa disposizione non si trovino elementi per risolvere qualche dubbio, converrà ricorrere ai principii generali di diritto, ed all'autorità delle leggi romane.

Con questo art. 933 il legislatore italiano rimediò ad un difetto dei codici anteriori; i quali non avevano disposizioni espresse che regolassero gli effetti degli atti compiuti sui beni d'una eredità da eredi apparenti, sia nei rapporti tra questi e i veri eredi che promuovessero l'azione in petizione di eredità, sia nei rapporti dei terzi, coi quali gli eredi apparenti avessero contrattato. Il legislatore italiano prese occasione per parlare di ciò dalla trattazione della materia riguardante l'accettazione dell'eredità: e dopo avere stabilito il principio generale che “ L'effetto “ dell'accettazione risale al giorno in cui si è aperta la “ successione „ soggiunse, a modo di limitazione del principio stesso, le norme seguenti: “ Sono però sempre salvi “ i diritti acquistati dai terzi per effetto di convenzioni a “ titolo oneroso fatte di buona fede coll'erede apparente.

“ Se questi ha alienato in buona fede una cosa del-

“ l'eredità, è soltanto obbligato a restituire il prezzo rice-
“ vuto, o a cedere la sua azione contro il compratore che
“ non lo avesse ancora pagato „.

Invero, fermato il principio della retroattività di effetto dell'accettazione ereditaria, avrebbe dovuto a rigore derivarne la conseguenza, che chi agisse in petizione di eredità avesso diritto di reclamare i beni che facevano parte della successione al tempo dell'aprimento di essa, senza riguardo alle alienazioni fatte da chi avesse posseduta l'eredità spettante all'attore, e potesse questi perciò agir pure *in rivendicazione* contro i terzi acquirenti.

Ma — come fu espresso dal *Pisanelli* nella relazione, colla quale presentò al Senato il progetto del codice —
“ si dichiararono salvi i diritti acquistati dai terzi per ef-
“ fetto di convenzioni a titolo oneroso fatte di buona fede
“ coll'erede apparente; ciò essendo richiesto per la cer-
“ tezza delle trasmissioni della proprietà e per rialzare il
“ credito immobiliare in rapporto al nuovo sistema ipote-
“ cario „ (1).

Resi inattaccabili pei terzi gli acquisti da essi fatti, bisognava poi stabilire quali obblighi incombessero verso l'erede vero a quello *apparente*, che avesse consentite le alienazioni: ed è questo l'oggetto della seconda parte del riferito paragrafo secondo dell'art. 933, della qual parte soltanto ci occuperemo ora, riserbando al numero seguente qualche breve cenno intorno a quanto è disposto nella parte prima a favore dei terzi acquirenti.

È ovvio, innanzi tutto, ma non inopportuno a notarsi, come il predetto articolo disponendo soltanto per le alienazioni fatte *a titolo oneroso ed in buona fede* dall'erede apparente, lasci indecise — per quanto riguarda il testo — le questioni relative ai casi di convenzioni ed alienazioni fatte *in mala fede*, e di *alienazioni a titolo gratuito*, non che tutte le altre questioni che possono insorgere in di-

(1) V. Relazione Pisanelli, p. 27.

pendenza, non di convenzioni od atti di disposizione, ma di fatti compiuti dall'erede apparente, e coi quali egli avesse deteriorati i beni e diminuita la sostanza patrimoniale della eredità. Per risolvere tali questioni, in relazione alla materia di cui ora trattiamo, converrà dunque indagare lo spirito dello stesso art. 933, al fine di dedurne la probabile intenzione del legislatore, e in sussidio ancora ricorrere ai principii generali di diritto ed alle massime insegnate dal diritto romano.

Posto ciò, procediamo ad esaminare prima l'unico caso contemplato dalla predetta disposizione, cioè quello di alienazione di beni dell'eredità, fatta *a titolo oneroso ed in buona fede* dall'erede apparente. Diciamo esser questa la duplice condizione che deve verificarsi; sebbene di *convenzioni a titolo oneroso fatte di buona fede* coll'erede apparente sia parlato soltanto nella prima parte di questo secondo paragrafo dell'articolo, che fa salvi i diritti acquistati in tali convenzioni dai terzi; mentre nella seconda parte, concernente i rapporti tra l'erede apparente e chi esercita la petizione di eredità, si trovano menzionate soltanto le *alienazioni fatte in buona fede* dallo stesso erede apparente. Nondimeno è evidente supporsi sempre che si tratti di atti di *alienazione a titolo oneroso;* sia per la connessione che esiste tra le due parti di questo paragrafo dell'articolo, sia perchè enunciandosi gli obblighi dell'alienante verso il vero erede, che agisca in petizione di eredità, consistenti nel *restituire il prezzo ricevuto* pei beni alienati, o cedere l'*azione contro il compratore che non lo avesse ancora pagato*, è chiaro non trattarsi di altro che di alienazioni a titolo oneroso, anzi precisamente a titolo di compra e vendita. Un altro punto ci sembra meritevole d'esser notato; cioè che in questa parte della disposizione, in cui sono contemplati i rapporti tra il vero erede, e l'apparente che ha fatte le alienazioni, la *buona fede* è considerata nel solo alienante, mentre nella parte prima, riguardante i rapporti tra il vero erede e i terzi acquirenti, la buona fede

è considerata in questi ultimi soltanto. Ciò appare chiaramente dalle parole stesse della disposizione, che riserva a favore dei terzi i diritti da essi acquistati per effetto di convenzioni a titolo oneroso, *che abbiano fatte in buona fede coll'erede apparente*, e limita gli obblighi di quest'ultimo verso il vero erede a restituirgli il prezzo che abbia ricevuto, o cedergli l'azione contro il compratore, qualora *lo stesso erede apparente abbia alienato in buona fede una cosa dell'eredità*. Non è dunque necessario che la buona fede siasi verificata contemporaneamente nell'erede apparente, che faceva le alienazioni a titolo oneroso, e nei terzi acquirenti, ma basta che abbia esistito nell'uno o negli altri, secondo i casi; e ciò è naturale, poichè le provvidenze di questa disposizione essendo dirette a proteggere per la loro buona fede, in un caso i terzi acquirenti, nell'altro l'erede apparente che ha alienati i beni, non sarebbe possibile che il benefizio della legge fosse rispettivamente impedito dalla mala fede altrui.

Per quanto riguarda il modo in cui sono regolati i rapporti dell'erede apparente, che ha fatto a titolo oneroso e in buona fede alienazioni di beni appartenenti all'eredità, verso il vero erede, il testo distingue se il prezzo dell'alienazione sia tuttora dovuto, o sia già stato pagato. Nel primo caso l'erede apparente è tenuto soltanto *a cedere* all'erede vero, agente in petizione di eredità, *la sua azione contro il compratore*. Ha forse inteso con ciò il legislatore d'imporre all'erede apparente l'obbligo di prestarsi ad un atto formale di cessione della propria azione contro il terzo acquirente, in cui favore ha fatta l'alienazione onerosa? Non lo crediamo, perchè sarebbe un formalismo, non giustificato da alcuna necessità, e non consentaneo al sistema della nostra legislazione. Si vuole che l'azione contro il compratore pel pagamento del prezzo passi dall' erede apparente, che ha fatto l'alienazione, all'erede vero, che esercita la petizione d'eredità; e a tale effetto basta la virtù diretta della legge stessa, senza bisogno che intervenga un

atto formale di cessione. Non vi sarebbe ragione di differenza tra questo caso e quello dell'art. 39, che attribuisce all'assente ricomparso il *diritto di conseguire il prezzo che sia tuttora dovuto* pei beni alienati dagl'immessi nel possesso definitivo, senza parlare di cessione, che questi siano tenuti a fare delle loro azioni contro i compratori; e se nell'art. 933 si è usata questa diversa forma di espressione, è stato unicamente — a nostro modo di vedere — per segnalare che l'attore in petizione di eredità, investito dell'azione contro il compratore pel pagamento del prezzo, null'altro può pretendere dall'erede apparente che ha fatta l'alienazione, quand'anche il prezzo da questo stipulato fosse inferiore al vero valore della cosa, o quand'anche l'azione predetta gli riuscisse inutile per insolvibilità dell'acquirente.

Da ciò stesso ci sembra risultare implicitamente consacrato da questa disposizione il principio, che l'erede apparente di buona fede non debba esser tenuto a rispondere colle proprie sostanze delle diminuzioni di patrimonio che fossero avvenute, ancorchè dipendentemente da negligenza, da colpa o da fatto suo; giacchè, non ammettendo tale principio, non sarebbe spiegabile come di fronte ad un'alienazione fatta dall'erede apparente per un prezzo inferiore di molto al giusto, od a favore di persona insolvibile, dovesse il vero erede contentarsi sempre dell'azione contro il compratore, senza poter chiedere all'erede apparente il risarcimento del danno che fosse derivato da colpa sua.

D'altra parte però il testo dichiara obbligato l'erede apparente a *cedere la sua azione contro il compratore*, senza alcuna limitazione, ancorchè quindi il prezzo stipulato e tuttora insoluto fosse notevolmente superiore al vero valore della cosa. E da ciò crediamo che risulti con altrettanta certezza, secondo lo spirito di questa disposizione, un altro principio, cioè che l'erede apparente non abbia da poter aumentare il proprio patrimonio con mezzi tratti *direttamente* dai beni dell'eredità da lui posseduta; poichè, se mai

ciò fosse ammesso, un caso non dubbio di applicazione dovrebbe esserne appunto quello di un contratto vantaggioso di vendita stipulato dall'erede apparente; bastando a reintegrare il patrimonio ereditario di rendere al vero erede una parte del prezzo convenuto, che corrispondesse al giusto valore della cosa alienata.

Se il prezzo di cose ereditarie alienate *in buona fede* sia stato già pagato dal compratore, l'erede apparente — così dichiara espressamente il testo del nostro articolo 933 — “ *è soltanto obbligato a restituire il prezzo ricevuto* „. È *soltanto* obbligato a ciò; vale a dire che in nessun caso — avuto riguardo appunto alla sua buona fede — potrebbe mai essere tenuto a nulla di più; e se anche avesse consentita la vendita per un prezzo inferiore al giusto valore dell'oggetto venduto, non dovrebbe reintegrare il vero erede del danno che gli cagionerebbe quell'alienazione; se anche dall'impiego del prezzo riscosso avesse tratto un vantaggio qualsiasi, si libererebbe sempre colla sola restituzione del prezzo ricevuto. D'altra parte, dovrebbe sempre restituire questo prezzo nella sua integrità, sebbene fosse realmente superiore al vero valore della cosa alienata; allo stesso modo e per la stessa ragione che vedemmo or ora dover esso cedere al vero erede la sua azione contro il compratore pel pagamento dell'intero prezzo ancora insoluto, sebbene questo prezzo superasse in qualunque proporzione il giusto valore della cosa. Sotto questo rapporto è stato dunque seguìto l'insegnamento della legge Romana: “ *Omne lucrum auferendum esse, tam bonae fidei possessori, quam praedoni* „ (L. 28, D. *De hered. petit.*). — Ma, come abbiamo avvertito, i lucri, gli aumenti di patrimonio proprio, non permessi neppure all'erede apparente di buona fede, sono quelli soli che gli venissero *direttamente* dai beni della eredità — come si verificherebbe appunto pel prezzo di vendita, di cui l'erede apparente volesse ritenersi una parte col pretesto che superasse il valore reale degli oggetti venduti — nè certamente sarebbe possibile spingersi sino a

ritenere che qualunque vantaggio *indiretto* derivabile all'erede apparente dall'alienazione dei beni ereditari dovesse tornare a benefizio, non di lui, ma del vero erede esercente la petizione di eredità. Fingasi, per esempio, che l'erede apparente abbia impiegato il prezzo riscosso dalle alienazioni da lui fatte, in speculazioni che gli abbiano procurati lauti guadagni. Forsechè questi lucri potrebbero essere reclamati a proprio vantaggio da chi agisse in petizione di eredità? Vi si opporrebbe il testo stesso dell'art. 933, che dichiara l'erede apparente di buona fede *essere obbligato soltanto a restituire il prezzo ricevuto*. È notevole anzi la differenza, che s'incontra a tale proposito tra la disposizione dell'art. 39, che all'assente ricomparso, o del quale sia provata l'esistenza, accorda azione per " conseguire il prezzo " dei beni alienati, *od i beni nei quali il prezzo sia stato in-* " *vestito* „ e questa dell'art. 933, che dichiara obbligato l'erede apparente, *a restituire il prezzo che abbia ricevuto*, ma non parla dei beni nei quali il prezzo sia stato investito: donde appare che nel caso contemplato da quest'ultimo articolo, nè l'attore in petizione d'eredità avrebbe diritto a conseguire i beni che l'erede apparente avesse acquistati col prezzo di quelli dell'eredità alienati, nè l'erede apparente stesso potrebbe pretendere di liberarsi consegnando all'attore predetto i beni acquistati; essendo egli obbligato sempre ed unicamente *a restituire il prezzo che ha ricevuto per le fatte alienazioni*. Il testo dell'art. 933 non ci sembra che lasci luogo ad alcun dubbio intorno a ciò. Ma quale motivo può giustificare la differenza, che esisterebbe in questo rapporto relativamente alla disposizione dell'art. 39? Allorchè commentammo questo articolo, facemmo osservare che l'attribuirsi in esso all'assente ricomparso il diritto di conseguire i beni nei quali gl'immessi in possesso definitivo avessero investito il prezzo dei beni appartenenti al patrimonio dell'assente medesimo, che avessero alienati, costituisce una derogazione ai principii generali di diritto; secondo i quali chi compera beni per proprio conto, ancorchè adoperi il danaro

altrui per pagare il prezzo, acquista il dominio per sè, non per quello al quale il danaro appartiene (L. 8, C. *Si quis alteri vel sibi*). E dicemmo essersi stabilita questa eccezione, per mantener ferme nel pieno loro rigore le massime, che gl'immessi nel possesso definitivo non dovessero mai, per l'eventuale ritorno dell'assente, nè subire alcuna perdita nel loro patrimonio personale, nè aumentarlo in alcun modo a detrimento di quello dell'assente (1). Forse è sembrato che il rigore dell'osservanza di tali massime potesse essere minore in riguardo all'erede apparente, poichè egli agisce veramente come proprietario, in virtù del titolo di successione che gli è riconosciuto dalla legge; mentre dovesse essere maggiore per gl'immessi in possesso definitivo, i quali non possono vantare sui beni dell'assente un vero diritto di proprietà, quantunque al possesso, che ne hanno, vadano annessi attributi e poteri simili a quelli della proprietà stessa; e perciò non si è creduto che l'eccezione ai principii generali di diritto, fatta per gl'immessi in possesso definitivo, fosse da estendersi anche all'erede apparente, togliendo pure a lui la proprietà dei beni, che avesse acquistati col prezzo ritratto dalla vendita di quelli dell'eredità. Ma, comunque sia di ciò, sembra indubitabile che il solo non essersi dichiarato nell'art. 933 che si faccia luogo a reclamare contro l'erede apparente i beni, nell'acquisto dei quali egli abbia investito il prezzo di quelli della eredità da lui alienati in buona fede, basti per non potersi applicare per analogia la disposizione eccezionale dell'art. 39, ma debbasi invece seguire la regola generale proclamata nella legge romana sopra citata. D'altra parte l'espressione stessa dell'art. 933, secondo cui l'erede apparente, che abbia alienata in buona fede una cosa della eredità, *è soltanto obbligata a restituire il prezzo ricevuto*, esclude in termini espliciti ch'egli abbia l'obbligo di dare all'attore in petizione di eredità i beni che abbia acquistati impiegandovi quel prezzo.

---

(1) V. sopra n. 217, p. 1015-1017.

A un altro dubbio più grave può dar luogo quella medesima frase, con cui è detto che l'erede apparente "*è soltanto obbligato a restituire il prezzo ricevuto*". Dovrà egli dunque restituire sempre questo prezzo, quand'anche non sia più in sue mani, nè sia stato rivolto ad utilità reale ed ancora esistente del suo patrimonio, quand'anche lo abbia perduto, o consumato, o dissipato?

Le leggi romane rispondevano negativamente: "Oportet possessorem (bonae fidei) et rem restituere petitori, *et quod ex venditione ejus rei lucratus est*" (L. 22, D. *De heredit. petit.*). "Utrum autem omne pretium restituere debebit bonae fidei possessor, an vero ita demum *si factus sit locupletior*, videndum; finge pretium acceptum vel perdidisse, vel consumpsisse, vel donasse; et verbum quidem *pervenisse* ambiguum est; solumne hoc contineret, quod prima ratione fuerit, an vero et id quod durat? Et puto, sequentem clausolam Senatusconsulti, etsi haec sit ambigua, ut *ita demum computet, si factus sit locupletior*" (L. 23, D. *h. t.*).

Osservò per altro il *Pothier*, che per quanto in teoria queste massime fossero conformi all'equità naturale, in pratica riusciva quasi impossibile il riconoscere se l'erede putativo si fosse di fatto avvantaggiato colle somme realizzate nella eredità, e le indagini che si fossero fatte sarebbero entrate nel segreto degli affari privati, ciò che non doveva essere permesso; e che perciò la giurisprudenza francese erasi fondata sull'altra regola, che niuno dovendo presumersi aver dissipato la sostanza capitale che credeva appartenergli, era da reputarsi che il possessore di buona fede avesse approfittato di tutto quanto componeva l'attivo dell'eredità, salvo a lui il somministrare prove in contrario (1). Ed anche la dottrina francese moderna ha seguìto questo insegnamento del *Pothier*, ritenendo che l'erede apparente possessore sia obbligato a render conto

(1) V. Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*, n. 429.

all'erede vero, che agisca in petizione di eredità, di tutto ciò che gli sia pervenuto della sostanza ereditaria, e quindi anche dei capitali e dei prezzi di vendita che abbia riscossi; ammettendo però a favore dello stesso erede apparente la facoltà di provare che di quelle somme non abbia ottenuto alcun vantaggio reale e tuttora esistente pel proprio patrimonio, avendole perdute o dissipate, il che gli varrebbe per esimersi da ogni obbligo di restituzione (1).

È da adottarsi la medesima teoria anche secondo il codice Italiano? Oppure la disposizione di cui ora parliamo, dell'art. 933, deve indurci a ritenere che la regola del diritto romano sia stata del tutto abbandonata, che sia stato respinto anche il temperamento indicato dal *Pothier*, e che nel diritto nostro l'erede apparente sia sempre obbligato a restituire il prezzo che abbia riscosso pei beni da lui alienati della eredità, nè per esonerarsene possa essere ammesso a provare di avere perduto o dissipato quel prezzo? Nella prima edizione di questo lavoro ci era parso che fosse da abbracciarsi quest'ultima opinione; la quale invero corrisponderebbe alla espressione testuale del nostro articolo 933, disponendo esso in modo generale ed assoluto che l'erede apparente debba *restituire il prezzo ricevuto*, senza distinguere se quel prezzo esista tuttora, o no, in sue mani, e non esistendo, se sia stato rivolto a sua utilità reale e persistente, o sia stato disperso.

Nondimeno nuove considerazioni ci fanno dubitare di ciò che allora affermammo, ed anzi ci fanno propendere piuttosto a riputare applicabile anche nel diritto nostro la massima propugnata dagli autori francesi. L'argomento dedotto dalla lettera del testo perde molto della sua forza, quando si scruti la probabile intenzione del legislatore. Col dire che l'erede apparente, il quale in buona fede abbia alienata una cosa dell'eredità, *è soltanto obbligato a restituire*

---

(1) V. Duranton, t. I, n. 572; Demolombe, t. II, n. 225, cf. coi ni 170-172; Aubry e Rau, t. VI, § 616, na 17; Laurent, t. II, n. 528.

il prezzo ricevuto, o a cedere la sua azione contro il compratore che non lo avesse ancora pagato, si volle escludere che quell'erede apparente di buona fede fosse tenuto a nulla di più, che gli potesse mai dal vero erede essere chiesto inoltre il risarcimento dei danni, i quali gli derivassero dalla fatta alienazione. Ma quelle parole non dicono poi che l'obbligo della restituzione del prezzo ricevuto non abbia a cessare neppure quando sia accertato che da quel prezzo non abbia l'erede apparente conseguito alcun vantaggio, talchè il doverlo restituire abbia a cagionargli necessariamente una perdita nel proprio patrimonio personale. Abbiamo visto anzi che, secondo lo spirito della disposizione, si è inteso manifestamente di proteggere la buona fede dell'erede apparente, che ha fatta l'alienazione, coll'evitargli di subire diminuzioni della sostanza propria per reintegrare a profitto del vero erede il patrimonio ereditario che sia rimasto deteriorato, ancorchè le deteriorazioni siano attribuibili a fatto, o a imprudenza, o ad incuria dello stesso erede apparente (1). E ciò è pure giustificato dalla considerazione ch'egli ha agito come proprietario, tale credendosi, dei beni della eredità, e " *nulli querelae subiectus est, qui rem quasi suam neglexit* „ (L. 31 § 3, D. *De heredit. petit.*). Ora, non si accorderebbe con questi principii il ritenere che l'erede apparente dovesse ad ogni modo restituire il prezzo, per ciò solo che lo avesse riscosso, sebbene non lo avesse nè conservato, nè convertito altrimenti in aumento del proprio patrimonio, e per renderlo fosse quindi in necessità d'intaccare lo stesso suo patrimonio. Il titolo consacrato dalla legge, in virtù del quale possedeva come proprietario, e la buona fede con cui avesse agito, non gli gioverebbero allora per salvarlo da una probabile rovina; e la legge si troverebbe in contraddizione con se stessa. Infatti, se l'erede apparente ha venduto beni ereditari per la metà appena di quanto valgono, si libera

(1) V. sopra, p. 1248.

restituendo quel prezzo da lui riscosso. Se ha venduto concedendo un termine pel pagamento del prezzo, si libera cedendo al vero erede l'azione contro il compratore; nè è tenuto a risarcire del proprio il vero erede stesso, nel primo caso per la differenza del giusto prezzo, nel secondo caso per la insolvibilità, che potrebbe verificarsi, dell'acquirente. Invece, se avesse stipulato un prezzo giusto e lo avesse riscosso, ma non avesse saputo convertirlo in utilità reale e duratura del suo patrimonio, dovrebbe rifondere il prezzo intero, sebbene la colpa di lui potesse anche esser minore in quest'ultimo caso che negli altri due, o sebbene talvolta, non per colpa sua, ma per sventura fosse avvenuta la perdita.

Un'altra contraddizione si verificherebbe ancora tra l'art. 933 ed il 39. Abbiamo veduto che, secondo questa ultima disposizione, gl'immessi in possesso definitivo non sono tenuti a restituire all'assente ricomparso il prezzo da essi riscosso pei beni che abbiano alienati, se non quando sia provato che la somma di quel prezzo sia tuttora in loro mani, o sia stata da essi convertita in utilità ed in aumento effettivo del loro patrimonio personale (1). Non sarebbe coerente che si facesse un trattamento meno favorevole all'*erede apparente*, al quale più che una semplice immissione in possesso, spetta legalmente, sebbene soggetto ad evizione, un titolo di vera proprietà, reputandosi egli investito del diritto successorio in mancanza di chi gli sarebbe preferibile, ma per assenza o per altra causa non si presenta.

Sono queste le riflessioni per le quali ci ricrediamo della precedente nostra opinione, ed ammettiamo ora che anche nel diritto nostro possa seguirsi la massima insegnata dalle leggi romane, quanto a ritenere che, sebbene l'erede apparente abbia ricevuto il prezzo di vendita di beni della eredità, non sia obbligato a restituire al vero erede codesto

---

(1) V. sopra, n. 217, p. 1033-1035.

prezzo, qualora non ne abbia tratto alcun utile reale, alcun aumento del proprio patrimonio — *quoties locupletior non sit factus.* — Rimane però il dubbio intorno all'onere della prova; se cioè — conformemente alla dottrina ed alla giurisprudenza francese — debbasi presumere che il prezzo riscosso sia stato utilizzato dall'erede apparente, e incomba a lui di provare il contrario per esimersi dalla restituzione, o se all'opposto sia l'attore in petizione di eredità, che debba provare — come elemento di fatto a fondamento della sua domanda per la restituzione del prezzo dei beni alienati — non solo che quello da lui richiesto sia veramente il prezzo stipulato, e che l'erede apparente venditore lo abbia ricevuto, ma inoltre che questi se ne sia avvantaggiato nel proprio patrimonio. Proponemmo un quesito simile nel commento dell'art. 39; e reputammo allora che l'assente ricomparso, il quale volesse ripetere dagl'immessi in possesso definitivo il prezzo di beni da essi venduti, quantunque quel prezzo fosse già stato pagato, nè fosse stato investito nell'acquisto di altri determinati beni, *dovesse provare che la somma del prezzo domandato esistesse ancora presso i medesimi possessori, o presso altri che la tenessero in loro nome, ovvero che fosse stata convertita in utilità ed aumento effettivo ed attuale del loro patrimonio* (1).

Questa opinione fondammo però principalmente sulla testuale disposizione del detto art. 39, secondo cui è di regola generale che l'assente ricomparso abbia diritto a conseguire il prezzo de' beni alienati dagli immessi nel possesso definitivo solo quando tale prezzo *sia tuttora dovuto;* ed a questa regola formano eccezione i casi speciali in cui, quantunque il prezzo sia già stato pagato, l'assente ricomparso possa però aver diritto a ripeterlo, perchè quel capitale esista ancora identicamente presso i possessori, o presso altri per loro, ovvero, non essendo stato investito nell'acquisto

(1) V. sopra, n. 219, p. 1037-1040.

di altri beni determinati, sia stato impiegato in diverso modo vantaggioso pel patrimonio personale dei possessori. Ora — dicemmo — chi invoca la eccezione contro la regola avendo l'onere di provare i fatti sui quali la eccezione si fonda, incomberà dunque all'assente ricomparso, chiedente agl'immessi in possesso definitivo la restituzione del prezzo ch'essi hanno riscosso e non hanno investito nell'acquisto di altri beni, l'obbligo di provare che il capitale di quel prezzo esista ancora identicamente, o che sia stato convertito in utilità effettiva ed attuale del patrimonio dei possessori. Ma un tale ragionamento non può applicarsi al caso dell'art. 933, nel quale è anzi stabilito per regola generale che l'erede apparente, il quale abbia alienato in buona fede qualche cosa della eredità, *è obbligato a restituire il prezzo ricevuto*, al vero erede che agisca in petizione di eredità. I fatti, dei quali l'azione accordata così al vero erede presuppone l'esistenza, consistono dunque solamente in ciò, che l'alienazione sia stata fatta, che sia stato stipulato quel determinato prezzo di cui si chiede la restituzione, e che questo prezzo sia stato ricevuto dall'erede apparente; ed è di questi soli fatti che l'attore deve somministrare la prova pel fondamento della propria azione. Se l'erede apparente si difende allegando che, quantunque abbia ricevuto il prezzo domandato, non ne trasse però utilità alcuna, perchè lo ha perduto o dissipato, e non è quindi, secondo lo spirito della legge, obbligato a restituirlo; è questa una eccezione ch'egli oppone, ed è quindi tenuto a provare i fatti a cui l'appoggia, cioè che il capitale del prezzo andò perduto, od egli stesso lo consumò o lo disperse.

Così ci sembra che avuto riguardo al tenore speciale del nostro art. 933 — e prescindendo anche dalla considerazione accennata dal *Pothier*, che " niuno sia da *presumersi* " *aver dissipato ciò che forma il capitale di beni che crede* " *appartenergli* „ — colla sola applicazione dei principii comuni intorno all'onere della prova, si giunga alla medesima conclusione adottata dalla dottrina e dalla giurispru-

denza francese, che cioè l'erede apparente possa bensì esimersi dall'obbligo di restituire il prezzo ricevuto per alienazione, fatta in buona fede, di beni della eredità; ma coll'onere di provare che il capitale del prezzo sia andato perduto, o lo abbia egli stesso consumato o disperso, e che insomma non ne abbia tratta alcuna utilità per accrescere il proprio patrimonio.

Il testo dell'art. 933 si riferisce da prima, in genere, alle *alienazioni a titolo oneroso* fatte in buona fede dall'erede apparente; ma poi, nel determinare quali siano le obbligazioni di costui verso chi esercita la petizione di eredità, non si occupa espressamente che del solo caso di vendita, poichè parla unicamente dell'*obbligo di restituire il prezzo ricevuto*, o di *cedere l'azione contro il compratore* pel pagamento del prezzo ancora insoluto. Quali norme dovranno dunque seguirsi pei casi di alienazione a qualunque altro titolo oneroso, diverso da quello della compra e vendita, per esempio nel caso di permuta? Non possono esservene altre fuori di quelle che dimostrammo risultare dallo spirito della stessa disposizione; cioè che l'erede apparente di buona fede non debba mai essere soggetto ad alcuna perdita nel proprio patrimonio particolare, ma neppur possa aumentare questo con mezzi tratti direttamente dai beni della eredità. S'egli dunque ha permutato qualche bene ereditario con altri, dovrà soltanto rilasciare all'attore in petizione di eredità i beni ricevuti in permuta; perchè, se fosse costretto invece a pagare il valore dei beni ereditari dati al copermutante, potrebbe seguirgliene danno al patrimonio proprio, qualora i beni, ricevuti in cambio valessero meno; e nel caso contrario, se gli fosse lecito di liberarsi dando al vero erede il valore dei beni ereditari permutati, ritenendosi gli altri ricevuti in cambio, approfitterebbe del maggior valore di questi, aumentando così il proprio patrimonio con un mezzo derivato direttamente dai beni della eredità.

Supponendo poi che il corrispettivo stipulato nel con-

tratto di alienazione a titolo oneroso fosse diverso da quello di permuta, ma apportasse un aumento effettivo ed attuale di valore al patrimonio particolare dell'erede apparente — per esempio, se per l'alienazione d'un bene dell'eredità egli avesse stipulata la costituzione d'una servitù attiva sopra un fondo dell'altro contraente per l'uso e l'utilità di un fondo proprio — non potendosi rendere all'attore in petizione di eredità ciò che l'erede apparente aveva ricevuto, questi dovrebbe pagare allo stesso attore una somma corrispondente al reale vantaggio ottenuto nel patrimonio proprio.

Quando l'alienazione fatta dall'erede apparente in buona fede sia stata *a titolo gratuito*, non potrebb'egli esser tenuto ad alcuna indennità verso l'erede vero; poichè da quell'atto non trasse alcun profitto per sè. Il vero erede ha però in tal caso l'azione di rivendicazione contro il donatario, giacchè — come vedremo nel numero seguente — l'art. 933, nella prima parte del secondo paragrafo, fa salvi a favore dei terzi i soli diritti da essi acquistati “ per effetto di *convenzioni a* “ *titolo oneroso* fatte di buona fede coll'erede apparente „.

Ciò per altro deve intendersi limitatamente agli atti di *liberalità pura e semplice*. Qualora invece si trattasse di donazione onerosa, *sub modo*, nella quale cioè fossero stati imposti al donatario determinati oneri da adempiersi a profitto del donante, o d'un terzo; l'alienazione assumendo in questa parte il carattere appunto *oneroso*, dovrebb'essere regolata coi principii propri degli atti di questa natura, non già con quelli riguardanti le donazioni. E supposto che i pesi imposti al donatario uguagliassero all'incirca il valore degli oggetti trasmessi sotto forma di donazione, l'atto sarebbe in realtà e giuridicamente *a titolo oneroso*, e le regole proprie di tali atti dovrebbero essere *esclusivamente* osservate. Per conseguenza sarebbero salvi i diritti del terzo acquirente, purchè la convenzione di lui coll'erede apparente fosse stata fatta *in buona fede;* e l'erede apparente stesso non potrebb'essere obbligato ad alcun risarcimento, se non per quanto dei pesi imposti al donatario l'erede

apparente medesimo avesse tratto profitto in aumento del proprio patrimonio. Ma se anche l'importanza degli oneri fosse notevolmente inferiore al valore dei beni donati, rimanendo nell'atto il principale suo carattere di liberalità, farebbesi bensì luogo in favore del vero erede alla rivendicazione dei beni donati; ma trovandosi misto in quell'atto anche il carattere oneroso, riguardo ai pesi imposti al donatario, dovrebbero in questa parte essere rispettati, secondo lo spirito della legge, i diritti di lui, come terzo acquirente a titolo oneroso e in buona fede; e perciò il vero erede non potrebbe rivendicare i beni che egli aveva acquistati, se non risarcendolo per gli oneri che avesse adempiti, salvo poi allo stesso vero erede il regresso contro l'erede apparente, che aveva fatta la donazione onerosa, per ottenere rimborso a concorrenza di quanto avesse apportato di profitto reale ed attuale al patrimonio di lui l'adempinento degli oneri stessi.

In questo senso decideva *Ulpiano* nella L. 25 § 11, D. *De heredit. petit.*

“ Consuluit Senatus bonae fidei possessoribus, ne in “ totum damno adficiantur, sed *in id dumtaxat teneantur*, “ *in quo locupletiores facti sunt*..... Nec si donaverint, lo- “ cupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum “ sibi aliquem naturaliter obligaverunt. Plane si *αντιδωρα*, “ id est *remunerationes* acceperunt, dicendum est, *eatenus* “ *locupletiores factos, quatenus acceperunt; velut genus quod-* “ *dam hoc esset permutationis* „.

Massime simili dovrebbero pure seguirsi qualora si trattasse di *donazione rimuneratoria*, data in compenso di *servizi apprezzabili a denaro*. Se la disposizione non eccede i limiti d'un'equa rimunerazione, è da considerarsi come *atto a titolo oneroso*, anzichè come una liberalità, e sono da applicarsi gli stessi principii, che sopra accennammo relativamente alla donazione *sub modo*, pel caso che gli oneri imposti al donatario uguaglino il valore degli oggetti donati. Perciò chi avesse ricevuta la donazione rimunera-

toria non potrebb'essere molestato; ma il vero erede avrebbe azione per risarcimento contro l'erede apparente, il quale avrebbe approfittato dei beni dell'eredità per soddisfare con essi ad una obbligazione, se non altro naturale, che altrimenti avrebbe dovuto compiere a carico del patrimonio suo. Se poi il valore dei beni ereditari donati sorpassasse notevolmente il prezzo dei servigi, in compenso dei quali la donazione fosse stata fatta, sarebbero applicabili analogamente le riflessioni e le conclusioni che esponemmo relativamente al caso di una donazione, a cui siano apposti oneri considerevolmente inferiori al valore della cosa donata; e quindi il vero erede potrebbe rivendicare contro il donatario i beni da lui ricevuti, ma coll'obbligo di risarcirlo del prezzo a cui fossero valutabili i servigi che la donazione era parzialmente destinata a rimunerare, salvo regresso verso l'erede apparente, che in corrispondenza sarebbesi avvantaggiato, risparmiando di prelevare dal proprio patrimonio quanto sarebbe occorso per quella rimunerazione.

Un altro caso di donazione avente per oggetto l'adempimento di una obbligazione naturale, sarebbe quando l'erede apparente avesse in buona fede costituito in dote ad una propria figlia un bene della eredità da lui posseduta. Non potrebbesi certamente far luogo, in favore del vero erede, all'azione per ottenere la restituzione del bene costituito in dote, poichè essendo questa data *al marito per sostenere i pesi del matrimonio* (art. 1388, cod. civ.) l'atto assume sotto questo aspetto il carattere *oneroso*, e il diritto acquistato in buona fede dal marito stesso deve quindi essere rispettato, per la espressa disposizione contenuta nella prima parte del paragrafo secondo dell'art. 933. Ma il dotante avendo con quell'atto adempita una propria obbligazione naturale, che avrebbe altrimenti soddisfatta a carico del proprio patrimonio, ed avendo così tratto un vantaggio dai beni della eredità, deve risponderne verso colui al quale l'eredità stessa apparteneva, ed indennizzarlo fino a conoscenza appunto della utilità che ha con-

seguita (1). Per altro, anche qui sono da ripetersi quelle medesime osservazioni che già facemmo parlando dei rapporti tra l'assente ricomparso e gl'immessi in possesso definitivo, che in buona fede abbiano trasmessa a terze persone la proprietà di alcuni dei beni da essi posseduti (2).

Il possessore di buona fede, a cui fosse chiesto il valore della dote da lui costituita per la propria figlia coi beni della eredità altrui, che possedeva, potrebbe opporre essere eccessiva quella dote in relazione al patrimonio personale proprio; e provando ciò, rimarrebbe obbligato a rendere solamente quanto fosse dai giudici riconosciuto doversi riguardare come corrispondente alla dote che presumibilmente avrebbe costituita, in una ragionevole proporzione coi mezzi dei quali avrebbe potuto disporre indipendentemente dalla eredità altrui, della quale si trovava in possesso.

Allorchè l'erede apparente, all'atto di alienare beni della eredità posseduta, sia stato *in mala fede* — abbia cioè conosciuta l'esistenza di parenti più prossimi, i quali ignoravano l'aprimento della successione a loro profitto, oppure abbia saputo che l'assente, chiamato con preferenza alla successione, era ancora in vita al tempo in cui essa si aprì — non possono essere applicabili le regole che l'articolo 933 ha stabilite a favore dell'erede apparente *di buona fede*. E poichè d'altra parte il medesimo articolo non contiene disposizioni speciali pel caso opposto di mala fede dell'erede apparente, sono da seguirsi soltanto, relativamente a tale ipotesi, i principii generali di diritto. Conseguentemente, se l'erede apparente abbia in mala fede alienati beni *a titolo oneroso*, non solo sarà tenuto, come il possessore di buona fede, a restituire il prezzo che abbia ricevuto, o a cedere le sue azioni contro il compratore; ma dovrà inoltre risarcire il vero erede attore di qualunque danno che possa avergli cagionato ulteriormente l'alienazione, e segnatamente rimborsargli la differenza di prezzo,

(1) V. Aubry e Rau, t. VI, § 616, nª 19; Laurent, t. IX, n. 535.
(2) V. sopra, n. 217, p. 1027-1030.

che risultasse da una vendita convenuta per una somma inferiore al vero valore della cosa venduta; come pure dovrà rispondere verso il vero erede della insolvibilità che si verificasse del compratore, dal quale il prezzo non fosse ancora stato pagato. Se poi sia stato in mala fede l'erede apparente nell'alienare *a titolo gratuito* un bene della eredità, sarà obbligato al rifacimento d'ogni danno che possa essere derivato dalla fatta alienazione, non ostante che il vero erede possa agire in rivendicazione contro il terzo, che ha acquistato un bene della eredità a titolo gratuito, quantunque fosse questi in buona fede, come risulta da quanto è disposto nella prima parte del § 2° di detto articolo 938.

Tutto ciò infatti non è che un'applicazione del principio generale di diritto consacrato nell'articolo 1151 del codice civile, secondo cui " qualunque fatto dell'uomo che " arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del " quale è avvenuto, a risarcirlo ".

È un *delitto* — secondo il significato di questa parola in diritto civile — che commette colui il quale in mala fede aliena una cosa che sa appartenere ad altri, offendendo così con un'azione illecita, scientemente e maliziosamente, i diritti di questa persona: ed ogni delitto genera naturalmente e necessariamente l'obbligazione di riparare il danno che n'è derivato ad altri (1).

Ai principii generali bisogna ricorrere ancora per determinare in quali obbligazioni possa incorrere l'erede apparente per le perdite o le deteriorazioni che siansi verificate nei beni della eredità da lui posseduti; giacchè neppure su questo rapporto si contiene nell'art. 933 alcuna disposizione espressa. E qui pure ci porgono sapienti ammaestramenti le leggi romane.

Il possessore di buona fede non può, generalmente, esser tenuto responsabile delle perdite o deteriorazioni che avvengano di beni dell'eredità da lui posseduta.

---

(1) V. Aubry e Rau, t. VI, § 616, nª 18; Laurent, t. IX, n. 534, 535.

Ciò non ammette dubbio qualora le perdite o le deteriorazioni siano derivate da caso fortuito anteriore alla domanda giudiziale in petizione di eredità; pel principio che " Unaquaeque res domino suo perit, quoties alteri " nec dolus, nec culpa imputari potest „ (L. 7, D. *De periculo et commodo rei venditae*). Pensiamo poi che lo stesso principio dovrebbe pure applicarsi, non ostante che la perdita o la deteriorazione di beni ereditari si fosse verificata posteriormente alla introduzione del giudizio in petizione di eredità; essendo sempre vero che nessun dolo e nessuna colpa è imputabile al possessore di buona fede, il quale reputando appartenergli la eredità, ha difeso contro l'attore quello che credeva essere suo diritto. Si opporrà forse la disposizione dell'art. 1298, cod. civile, secondo cui la perdita della cosa dovuta, ancorchè avvenga senza colpa del debitore, ma dopo ch'egli sia costituito in mora, non lo libera dall'obbligazione, se non quando *provi che la cosa sarebbe ugualmente perita presso il creditore ove gli fosse stata consegnata?* Ma, altra è la condizione giuridica di chi ha contratta un'obbligazione personale, ed altra è quella del convenuto in petizione d'una eredità da lui posseduta in buona fede. Il debitore personale — la cui obbligazione, in mancanza della prestazione che ne forma oggetto, si converte nell'altra del risarcimento dei danni (art. 1218, cod. civ.) — si libera, nel caso di perdita della cosa dovuta, solamente *per la impossibilità, in cui siasi trovato incolpevolmente, di eseguire la prestazione principale.* Ora, se la cosa dovuta sia perita dopo che il debitore era in mora, egli non può allegare una tale impossibilità, che non sia imputabile a lui, perchè avrebbe potuto e dovuto effettuare la prestazione quando la cosa che ne formava materia esisteva ancora. Egli perciò rimane tenuto all'obbligazione accessoria del risarcimento dei danni; eccettochè provi che la cosa sarebbe ugualmente perita presso il creditore, perchè allora dimostra con ciò non essere attribuibile alla colpa sua quel danno, che il

creditore avrebbe risentito ugualmente, se anche l'obbligazione principale fosse stata adempita. Ben diversa — lo ripetiamo — è la condizione dell'erede apparente di buona fede. Convenuto in giudizio con un'azione reale, egli difende il diritto che reputa appartenergli; nè ciò può essergli ascritto a colpa, com'è imputabile al debitore costituito in mora di non aver soddisfatta la propria obbligazione. Sarebbe anzi ingiusto scemargli la libertà della difesa assoggettandolo eventualmente alla responsabilità per le perdite che nei beni ereditari potessero verificarsi per caso fortuito durante il giudizio. Opporrà forse il petitore della eredità, che se i beni gli fossero stati rilasciati allorchè promosse la lite, egli avrebbe prevenuto quella perdita alienandoli? Ma, oltre che non è facile stabilire, se il vero erede sarebbesi veramente determinato a fare le vendite, e se avrebbe potuto conchiuderle; ad ogni modo poi ciò ch'egli avesse potuto fare se l'erede apparente si fosse acquietato alla sua domanda e gli avesse tosto consegnati i beni, non ha nè può avere influenza alcuna sulla colpa e sulla responsabilità del possessore; il quale ha usato legittimamente d'un proprio diritto difendendosi dall'azione promossa contro di lui, nè quindi dev'esser tenuto responsabile se nel frattempo siano venuti senza sua colpa a perire o deteriorarsi alcuni dei beni della eredità.

Crediamo perciò che anche attualmente sia da seguirsi la massima insegnata dalla L. 40, D. *De heredit. petit.*:

" Illud quod in Oratione divi Hadriani est, *ut post acce-*
" *ptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si*
" *eo tempore, quo petiit, restituta esset hereditas*, interdum
" durum est; quid enim, si post litem contestatam man-
" cipia, aut jumenta, aut pecora deperierint? damnari de-
" bebit secundum verba Orationis: quia potuit petitor,
" restituta hereditate, distraxisse ea. Et hoc justum esse
" in specialibus petitionibus, Proculo placet: Cassius contra
" sensit: in praedonis persona Proculus recte existimat;
" *in bonae fidei possessoribus* Cassius. *Nec enim debet pos-*

" *sessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus*
" *periculi temere, indefensum jus suum relinquere* „.

Esaminiamo ora il diverso caso, in cui le perdite o le deteriorazioni non derivino da caso fortuito ma da fatto o da colpa del possessore, il quale, per esempio, abbia demoliti fabbricati, atterrate piantagioni, eseguiti tagli irregolari di boschi, od abbia lasciato rovinare edifizi per mancanza delle necessarie riparazioni. Nonostante tutto ciò, siccome l'erede apparente, che possedeva in buona fede i beni dalla eredità, ha agito come proprietario, e credendosi tale ha esercitata la libera facoltà, che ad ognuno compete sulle cose proprie, di usarne e di abusarne, riteniamo certo, in massima, che nessun obbligo d'indennità incomba all'erede apparente medesimo per le perdite o le deteriorazioni suddette, quantunque derivate da fatto o da colpa sua. Anche in ciò troviamo appoggio nelle leggi romane. " Si quid dilapidaverunt, perdiderunt (bonae fidei " possessores), *dum re sua se abuti putant, non praestabunt* „ (L. 25 § 11, D. *De hered. petit.*). " Sicut autem " sumtum, quem fecit, deducit: ita si *facere debuit, nec* " *fecit, culpae hujus reddat rationem, nisi bonae fidei possessor sit; tunc enim, quia quasi suam rem neglexit, nulli* " *querelae subjectus est*, ante petitam hereditatem; postea " vero et ipse praedo est „ (L. 31 § 3, D. *eod. tit.*).

Qualora però delle distruzioni o deteriorazioni commesse il possessore avesse profittato — per esempio, adoperando i materiali di demolizione od i legnami degli alberi atterrati nel costruire edifizi su un fondo proprio, o impiegando il prezzo ricavato nella estinzione di un proprio debito — dovrebbe renderne conto al vero erede, *quatenus locupletior factus esset*, secondo ciò ch'era espresso nella citata legge 25, e in omaggio al principio di ragione " *nemo locupletari* " *debet cum aliena jactura* „.

Un autore francese ammettendo pure il principio, che il possessore di buona fede non sia responsabile delle deteriorazioni da lui commesse sui beni della eredità, se non

fino a concorrenza del profitto che ne abbia ritratto, ha voluto però apportarvi limitazioni, dicendo: che tale massima non può essere applicabile quando si tratti di *depredazioni e devastazioni ingiustificabili, le quali farebbero anche sospettare della buona fede del possessore;* che si ha da avere riguardo inoltre al tempo in cui siasi aperta la successione, giacchè sarebbe incongruo l'accordare immunità al possessore che avesse fatti atti dannosi di disposizione dei beni ereditari dopo poco tempo dalla scomparsa di colui in luogo del quale egli ha raccolta la successione, mentre, se l'assenza dura da tempo già remoto, l'erede apparente ha facilmente e ragionevolmente potuto credere improbabile che l'eredità gli fosse tolta, e quindi ha potuto *reputare di abusare della cosa propria;* che pertanto molto dipende dalle circostanze particolari dei singoli casi, e " ciò che vi ha di " meglio, di più logico ad un tempo e di più equo, è di " veder qui una questione di fatto e di buona fede, e mi- " surare l'estensione delle obbligazioni dell'erede apparente " secondo appunto le circostanze, le quali giustifichino più " o meno la condotta di lui " (1).

Sembra però che in tal modo la regola di diritto cederebbe il luogo ad una facoltà indefinita data ai giudici per l'apprezzamento delle circostanze di fatto in ciascun caso particolare, non senza forse il pericolo che l'uso di così ampio potere degenerasse talvolta in arbitrio. La buona fede dell'erede apparente dev'essere giudicata in relazione al possesso della eredità, anzichè in relazione ai singoli atti ch'egli abbia compiuti sui singoli beni che la compongono: e se non si può stabilire ch'egli sia stato in mala fede, sapendo che ad altri spettava l'eredità, è fuor di luogo il parlare di *depredazioni e devastazioni ingiustificabili,* poichè gli atti, per quanto mal consigliati, che il possessore abbia fatti, ha creduto di effettuarli sopra beni suoi, in virtù del diritto spettante al proprietario di usare ed abu-

---

(1) V. Demolombe, t. II, n. 223.

sare di ciò che gli appartiene. Non è da negarsi che dallo sconsigliato procedere del possessore, e dall'essersi egli affrettato a deteriorare i beni della successione, quando per la recente scomparsa di colui che vi sarebbe stato a preferenza chiamato, era ancora da ritenersi probabile ch'egli ritornasse e reclamasse i proprii diritti, possano dedursi *presunzioni di fatto*, che insieme ad altre gravi, precise e concordanti, valgano a stabilire la *mala fede* del possessore stesso. Ma ciò che non pare da ammettersi, è che sia lecito al tribunale, ritenendo pure che il possessore fosse *in buona fede*, dichiarare però che in vista di particolari circostanze, per le quali la condotta di lui sia più o meno ingiustificata, egli debba risarcire i danni derivati da fatti o da negligenze da lui commesse relativamente ai beni della eredità.

Il possessore *di mala fede* è al contrario responsabile di tutte le perdite o le deteriorazioni di beni ereditarii, che siano state cagionate da fatto, da negligenza od imprudenza di lui. A giustificare la quale proposizione basta il principio generale stabilito negli articoli 1151 e 1152 del codice civile, che " qualunque fatto dell'uomo, che arreca " danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avve- " nuto, a risarcire il danno „ e che " ognuno è respon- " sabile del danno che ha cagionato non solamente per " un fatto proprio, ma anche per propria negligenza od " imprudenza „. Se chi si è posto in possesso della eredità conosce l'esistenza d'una persona la quale vi è a preferenza chiamata, e non si presenta per raccogliere la successione unicamente perchè ignora che siasi aperta in suo favore, o perchè si è recata in luogo lontano dall'ultimo suo domicilio o dall'ultima sua residenza, ond'è ritenuta assente, e nondimeno questo possessore deteriora la sostanza ereditaria con fatti o con ommissioni, egli commette così atti o negligenze, che arrecano danno al vero erede, ed è dunque obbligato a risarcire questo danno. Ciò è conforme anche al dettato della già citata legge 31 § 3, D.

De heredit. petit.: " Si facere debuit, nec fecit, culpae hujus " reddat rationem, *nisi bonae fidei possessor est* ".

Il *Pothier* insegnava che: " il possessore di mala fede " è tenuto a rendere all'erede il prezzo dei beni della suc- " cessione che sono periti, *ancorchè ciò sia avvenuto per* " *caso fortuito, qualora sia verosimile che se fossero stati* " *resi all'erede, questi li avrebbe venduti*, e si sarebbe così " evitata la perdita. Parimente il possessore è tenuto a " rendere il prezzo delle cose della successione, che un " terzo abbia acquistato per una usucapione, che l'erede " avrebbe potuto interrompere, se questo possessore di " mala fede gli avesse resi i titoli della successione ". E il grande giureconsulto si riferisce alla legge 20 paragrafo ultimo del Digesto *De heredit. petit.*, ov'era detto: " Ubi " deperditae sunt, et deminutae (res) verum praetium debet " praestari; quia *si petitor rem consecutus esset, distraxisset,* " *et verum praetium rei non perderet* ".

Anche dalla dottrina moderna è accolta in sostanza la proposizione del *Pothier*, ma viene formulata in altri termini. Si dice che " il possessore di mala fede è anche " tenuto a rispondere delle deteriorazioni di oggetti ere- " ditari avvenute per caso fortuito, *eccettochè provi ch'esse* " *avrebbero avuto luogo egualmente, se questi oggetti si tro-* " *vassero nelle mani dell'attore* " (1).

Ci sembra che espressa in questa forma la massima insegnata dal *Pothier* assuma una portata assai differente e maggiore di quella da lui prevista. Egli, interpretando la citata legge romana, intendeva che di regola il possessore, quantunque di mala fede, non fosse tenuto a rendere al vero erede il prezzo delle cose della successione perite *per caso fortuito;* ma che *per eccezione* fosse obbligato a ciò, quando *apparisse verosimile che il petitore della eredità, se gli fossero stati consegnati i beni, avrebbe evitata quella perdita*, o mediante vendita dei beni stessi, o in altro modo.

(1) V. Aubry e Rau, t. VI, § 616, c; Laurent, t. IX, n 533.

Ciò equivaleva a dire che *incombesse all'attore la prova di questa verosimiglianza;* nè di più sarebbesi ragionevolmente potuto pretendere, essendo impossibile provare positivamente che il vero erede *avrebbe venduti i beni*, se gli fossero stati consegnati, e non avrebbe perciò subìto il danno della perdita di essi. Invece, secondo la teoria adottata dagli autori moderni, che abbiamo citati, l'erede apparente di mala fede sarebbe, in generale obbligato a risarcire il danno delle perdite e delle deteriorazioni avvenute per caso fortuito, e solo in via di eccezione potrebbe esimersi da tale obbligazione coll'onere di provare che quei beni sarebbero egualmente periti presso il vero erede. Ma, tra le due teoriche, reputiamo preferibile quella del *Pothier*. Che l'erede apparente, ancorchè possegga in mala fede la eredità, non sia di regola obbligato ad indennizzare il vero erede delle perdite avvenute *per solo caso fortuito*, è incontestabile secondo i principii generali di diritto, giacchè tali perdite non possono essere imputabili nè a fatto, nè a negligenza, nè ad imprudenza di lui. È dunque solo *per eccezione*, che può ritenersi a carico del possessore una tale obbligazione, quando potendosi ammettere che le cose della eredità non sarebbero ugualmente perite se fossero state in mani di colui al quale veramente appartenevano, sia quindi imputabile all'erede apparente d'avere cagionato il danno col ritenere indebitamente quegli oggetti. Ora, essendo principio fondamentale che chi invoca in proprio favore una eccezione, ha l'onere di provare i fatti sui quali essa si fonda, è conseguente che spetti all'attore in petizione di eredità, il quale pretende di farsi eccezionalmente indennizzare di perdite avvenute per caso fortuito, l'onere di provare il fatto la cui esistenza è presupposta per la eccezione da lui invocata, cioè che le cose non sarebbero egualmente perite, se il possessore di mala fede gliele avesse rilasciate: provarlo, s'intende, nel solo modo possibile, vale a dire — come appunto accennava il *Pothier* — nel senso della *verisimiglianza che se il possessore di mala fede*

avesse resi al vero erede quei beni ereditari che poi perirono, egli li avrebbe venduti, e con questo o con altro mezzo ne avrebbe evitata la perdita. Può esservi infatti in certi casi il modo di provare cotesta verisimiglianza, e in altri no. Supposto, per esempio, che si tratti di beni periti per una causa impreveduta e imprevedibile, non si potrà che difficilmente e per circostanze affatto speciali stabilire che verosimilmente il vero erede, se avesse avuto il possesso di quei beni, li avrebbe tosto alienati, e non ne avrebbe così perduto il valore. Supposto invece che si tratti di beni ch'erano già in via di deperimento, e dei quali era prevedibile la prossima perdita totale, supposto ancora che sia provata l'abituale diligenza del vero erede nella conservazione delle proprie sostanze, diverrà *verosimile* che egli avrebbe prevenuto il danno del perimento completo di quelle cose. Nel caso poi, figurato dal *Pothier*, che il possessore di mala fede abbia lasciato acquistare da un terzo per usucapione la proprietà di beni ereditari, sarà verosimile, per la natura stessa delle cose, che il vero erede, se non manca nei suoi affari dell'ordinaria diligenza d'un buon padre di famiglia, avrebbe interrotta quella usucapione.

244. — Una delle più gravi e vivaci controversie fu dibattuta nella dottrina e nella giurisprudenza francese per stabilire se l'assente, od i suoi rappresentanti od aventi causa, potessero rivendicare i beni alienati dall'erede apparente, qualora non fosse ancora compiuta la prescrizione a vantaggio dei terzi acquirenti.

Secondo il diritto romano non era concesso al vero erede di agire in rivendicazione contro chi avesse comprati beni della successione dall'erede apparente, qualora questi fosse tenuto verso l'acquirente alla garanzia dalla evizione. Questa massima si giustificava colla considerazione, che competendo all'evinto il regresso contro il venditore, possessore di buona fede, questi verrebbe indirettamente obbligato a rispondere di ciò che non avesse rivolto

a proprio profitto, contrariamente alla regola che l'erede putativo di buona fede non fosse mai tenuto se non " *qua-" tenus locupletior factus esset* „. E da ciò derivava che allora soltanto potesse il vero erede rivendicare i beni della successione contro i terzi che li avessero comperati, quando fosse stato convenuto, tra l'acquirente e il venditore, che questi non fosse obbligato a garantire dalla evizione.

In questo senso rispondeva Ulpiano nella L. 25 § 17, D. *De heredit. petit.*:

" Si rem distraxit bonae fidei possessor, nec praetio factus sit locupletior; an singulas res, si nondum usucaptae sint, vindicare petitor ab emtore possit... Et *puto posse res vindicari, nisi emtores regressum ad bonae fidei possessorem habent* „.

Il codice Francese, e quelli d'Italia anteriori all'attuale, non avevano disposizioni espresse, che valessero a risolvere una tale questione: la quale appunto perciò aveva dato luogo ad una grande discordanza di opinioni. Essa però non presentava veramente interesse, se non pei casi in cui gli atti di disposizione dei beni ereditari, compiuti dall'erede apparente a favore di terze persone, avessero per oggetto *beni immobili*, o *beni mobili incorporali;* poichè pei *beni mobili corporali*, secondo l'art. 2279 del codice Francese — ed anche pei *titoli al portatore*, giusta l'art. 707 del codice civile Italiano — *il possesso produce, a favore dei terzi di buona fede, l'effetto stesso del titolo;* e ciò solo basta quindi a proteggere i terzi acquirenti contro l'azione di rivendicazione, che fosse a loro danno promossa dal vero erede, pei beni che avessero acquistati dall'erede apparente. Ma, trattandosi d'atti di disposizione fatti da costui, ed aventi per oggetto beni immobili o beni mobili incorporali, si erano formati nella dottrina e nella giurisprudenza francese vari sistemi, che accenneremo brevissimamente per solo interesse storico, essendo per noi stata risolta la questione con una disposizione espressa, che altra volta riferimmo, del codice civile Italiano.

Alcuni autori sostenevano in modo reciso ed assoluto il diritto del vero erede o de' suoi rappresentanti di rivendicare contro i terzi acquirenti i beni alienati in loro favore dall'erede apparente: e non si può disconoscere che a tale conclusione si dovrebbe arrivare colla pura applicazione dei principii generali di diritto. Infatti l'erede apparente non ha la proprietà dei beni della successione, che fin dal tempo in cui essa si è aperta debbonsi ritenere spettanti al vero erede; non ha dunque potuto trasmettere ad altri un diritto che non aveva egli stesso. La proprietà dei beni, non ostante l'illegittima alienazione, è pertanto rimasta al vero erede, e della proprietà è conseguenza il diritto, che deve competere a lui, di rivendicare i beni che gli appartengono, da chiunque li possieda per qualsiasi titolo (1).

Se non che questo estremo rigore nell'applicazione dei principii ferisce importanti interessi, minaccia la sicurezza di numerose transazioni sociali, lascia indifesa la buona fede dei terzi contraenti, produce incertezza nella proprietà, presenta ostacoli al commercio dei beni nei pericoli di evizione a cui si espongono gli acquirenti, e nuoce così anche al credito ed all'interesse pubblico. Furono questi i moventi di altri sistemi, che sorsero a propugnare la validità delle alienazioni fatte dall'erede apparente, negando al vero erede il diritto di rivendicare contro i terzi i beni della successione da essi acquistati.

Un grande giureconsulto, appoggiandosi alle disposizioni della legge 25 § 17, D. *De heredit. petit.*, opinò doversi reputar valide le vendite di beni ereditarii fatte dall'erede apparente, nei soli casi in cui venendo evinto il terzo *acquirente di buona fede* gli competerebbe ricorso in garantia contro il venditore, *parimente di buona fede*, il quale così

---

(1) V. Toullier, t. IV, n. 287-289, t. VII, n. 31; Grénier, *Traité des hypothèques*, t. I, n. 51, p. 101, ss.; Duranton, t. I, n. 576-578; Proudhon, *Traité des droits d'usufruit*, ecc., t. III, n. 1319, nª 2; Marcadé, art. 137, § 4, t. I, n. 472, ss.; Troplong, *Des privilèges et hypothèques*, t. I, n. 468; *De la vente*, n. 960; Laurent, t. IX, n. 554, ss.

potrebbe andar soggetto ad una condanna più grave che se fosse stato convenuto direttamente colla petizione di eredità; divenendo opponibile allora dal terzo acquirente stesso la eccezione *ex persona venditoris* (1).

Un terzo sistema ammetteva, anche indipendentemente da ogni riguardo al ricorso in garantia per evizione, a cui fosse o non fosse soggetto l'erede apparente che avesse fatta l'alienazione, il diritto del vero erede di rivendicare i beni contro il terzo acquirente, a condizione però che tanto questi, quanto l'erede apparente stesso, fossero stati in buona fede; e in questo senso erasi pronunciata in non pochi arresti la giurisprudenza francese.

Una quarta opinione era favorevole ai terzi acquirenti, pel mantenimento in loro favore della validità della vendita di beni ereditari, richiedendo soltanto ch'essi fossero in buona fede, non ostante la mala fede dell'erede apparente autore dell'alienazione (2).

Infine qualche autore, accostandosi a quest'ultima teoria, la limitava però richiedendo che il terzo acquirente di buona fede, si fosse trovato nella condizione d'un *errore invincibile* circa il diritto dell'erede apparente, e quindi formulava la massima nei termini seguenti:

“ Gli atti di disposizione a titolo oneroso sono validi
“ rimpetto al vero erede, indipendentemente dalla buona o
“ mala fede del possessore della eredità, *allorchè quest'ul-*
“ *timo sia parente del defunto in tal grado da essere succes-*
“ *sibile, abbia appresa l'eredità in tale qualità, in seguito*
“ *all'assenza od alla inazione dei più prossimi congiunti, il*
“ *possesso pubblico e pacifico della eredità stessa abbia dovuto*
“ *farlo considerare notoriamente quale erede, e da ultimo i*
“ *terzi, coi quali egli abbia trattato, siano stati in buona*
“ *fede* „ (3).

---

(1) V. Merlin, *Questions de droit*; v° *Héritier*, § 3, n. I, 4°.
(2) V. Chabot, *Comm. sur la loi des successions*, art. 756, n. 13-15; Duvercier, *De la vente*, t. I, n. 225; Demolombe, t. II, n. 241, ss.
(3) V. Aubry e Rau, t. VI, § 616, 3°, n^a 32.

Il vero era, come almeno pare a noi, che trattavasi d'una questione, la quale risolta col solo sussidio dei principii generali di diritto presentava conseguenze contrarie ad una grande moltiplicità d'interessi, e ripugnanti sotto certi aspetti alla equità ed alla protezione dovuta alla buona fede. Queste considerazioni facevano desiderare un temperamento equitativo, il quale però non avrebbe potuto emanare da altra autorità che dalla legislativa. Ma non avendo il codice Francese nessuna disposizione su questo particolare argomento, la dottrina e la giurisprudenza avevano cercato di supplirvi con ingegnosi sforzi, a costo di affrontare il rimprovero, non immeritato, di avere così ecceduta la loro missione, che non è di emendare i difetti della legge, ma d'interpretarla ed applicarla com'è veramente.

Il legislatore italiano ha provveduto colla disposizione contenuta nella prima parte del secondo paragrafo del già riferito art. 933, dichiarando " sempre salvi i diritti acqui- " stati dai terzi per effetto di convenzioni a titolo oneroso " fatte di buona fede coll'erede apparente ".

L'analisi di questa disposizione ci farà conoscere esattamente le norme dalle quali, secondo il diritto positivo nostro, è regolata la sorte degli atti compiuti dal possessore di una eredità, relativamente ai beni che la compongono; norme le quali perciò sono applicabili anche per gli effetti degli atti di disposizione fatti dalle persone che abbiano raccolta una successione a cui sarebbe stato chiamato un assente, rispetto ai terzi che abbiano stipulate convenzioni con quelle persone.

Il testo parla di *diritti acquistati dai terzi;* nè fa distinzione alcuna circa l'oggetto di quei diritti. Sarebbe dunque arbitrario, ed in opposizione alla generalità della legge, il ritenerla applicabile ai soli diritti che fossero stati stipulati sopra determinati beni particolari facenti parte della eredità, e non sulla eredità stessa in totalità od in una quota parte. Così, se anche l'erede apparente avesse ceduto ad altri per un determinato prezzo il proprio diritto di ere-

dità, l'acquirente di buona fede non potrebb'essere molestato dalle azioni del vero erede che si presentasse, nè dei suoi rappresentanti od aventi causa.

Una dottrina contraria era professata dagli autori francesi, i quali ritenevano che chi avesse stipulata da un erede apparente la *cessione della eredità*, non potesse difendersi *dalle azioni del vero erede allegando la buona fede* con cui avesse contrattato. Alcuni segnalavano in tale rapporto una differenza tra l'acquirente di diritti successorii, e l'acquirente di oggetti ereditari individualmente determinati, ammettendo che questi, e non quello, potesse resistere alle azioni del vero erede, per la seguente ragione: " che l'acquirente di diritti successorii, soggetto all'azione " in petizione di eredità, *al pari d'un possessore a titolo* " *universale*, succede, in questa qualità, all'obbligazione " stessa di restituzione che stava a carico del suo autore; " ma non è così dell'acquirente di oggetti singoli, il quale " non è soggetto che all'azione in rivendicazione, e la posi- " zione di lui deve quindi essere apprezzata unicamente " secondo i principii riguardanti i successori a titolo par- " ticolare „ (1). Per altro, non sembrano perfettamente esatte le premesse di questo ragionamento. Il cessionario di diritti ereditari non è parificabile ad un *successore a titolo universale*. Tale egli non è relativamente alla persona della cui eredità si tratta, poichè non è succeduto direttamente a lei, coll'acquisto che ha fatto delle ragioni ereditarie: tale non è neppure relativamente al cedente, poichè non succede a lui in tutti i suoi diritti e in tutte le sue obbligazioni, ma solo nei diritti che gli spettavano e nelle obbligazioni che gl'incombevano nella eredità pervenutagli e formante una parte del suo patrimonio. Certamente, avendo acquistata la eredità, egli dovrebbe soddisfare tutti i debiti ed i pesi di essa, come ne farebbe proprie tutte le attività; ma ciò, non come succeduto a titolo universale

---

(1) V. Aubry e Rau, t. VI, § 616, 2°, nª 7.

al defunto della cui eredità si tratta, del quale perciò rappresenti e continui giuridicamente la persona, ma come succeduto a titolo particolare al cedente, che quindi gli trasmise tutti quegli stessi diritti che aveva acquistati e quelle medesime obbligazioni che aveva assunte colla eredità. Se dunque la cessione ha per oggetto diritti ereditari che veramente non ispettavano al cedente, l'azione esperibile dal vero erede contro il cessionario, non può essere veramente quella *in petizione di eredità* — supponendo essa che tanto l'attore quanto il convenuto fondino la rispettiva azione o difesa sulla pretesa qualità di *successore universale del defunto* — ma è invece quella di *rivendicazione*, avente per oggetto i *beni singoli*, che il possessore tiene a titolo particolare. Lo stesso diritto romano, nelle sottili sue distinzioni tra le diverse specie di azioni, non accordava al vero erede, contro chi avesse comperata l'eredità dall'erede putativo, che un'*azione utile* in petizione di eredità; e ciò in via di derogazione alle regole rigorose di diritto, al fine di evitare la necessità di promuovere distinte azioni pei singoli beni della eredità, che si rivendicassero. " Quid, " si quis hereditatem emerit; *an utilis in eum petitio heredi-* " *tatis deberet dari, ne singulis judiciis vexaretur?* . . . . Et " putat Gajus Cassius dandam utilem actionem „ (L. 13 § 4, D. *De heredit. petit.*).

Presso noi non sembra, per le ragioni sopra dette, potersi ritenere spettante al vero erede, contro il cessionario della eredità, altra azione che quella di *rivendicazione*. Ora tutto ciò non giustifica certamente la conclusione che al cessionario della eredità abbia a trasmettersi, per la pretesa qualità sua di successore universale, la stessa obbligazione di restituzione a favore del vero erede, che incombeva al cedente. Al contrario, essendo egli un semplice successore a titolo particolare di quest'ultimo, non tenuto quindi a rappresentarne e continuarne giuridicamente la persona, può trovare nel proprio titolo particolare di acquisto mezzi di difesa, che non sarebbero spettati al suo autore, e gio-

varsi della buona fede propria nello stipulare la cessione, sebbene il cedente fosse in mala fede nel possesso della eredità.

Un altro autore ha stimato di poter giungere allo stesso risultamento seguendo una diversa via; immaginando cioè che l'*erede apparente* sia rivestito di un *mandato legale* per rappresentare il vero erede in tutti gli atti, non solo di semplice amministrazione, ma ancora di disposizione dei beni ereditari, dal che seguirebbe che gli atti di alienazione da lui consentiti non potessero essere annullati, salvo il caso di frode; mentre invece, non potendosi ritenere compresa nel mandato anche il più ampio — *cum libera administratione* — la cessione ad altri del diritto stesso ereditario, dovesse in questo caso ritenersi nulla l'alienazione, come avente per oggetto beni non appartenenti all'alienante (1).

Ma sembrava veramente difficile sostenere questa idea d'un *mandato legale* esteso sino alla facoltà di alienare, mentre non vi era un testo di legge che lo conferisse all'erede apparente. Si pretendeva dedurlo dalla disposizione dell'art. 136, cod. Franc. — 43, cod. It. — secondo cui la successione aperta a favore di un assente *è devoluta* a coloro coi quali egli avrebbe avuto diritto di concorrere, od a quelli a cui spetterebbe in sua mancanza. Ma questa *devoluzione* di successione non è definitiva e irretrattabile, mentre anzi sono espressamente *riservati i diritti dell'assente*, o dei suoi rappresentanti od aventi causa (art. 137, cod. Franc. = 44, cod. It.). E ciò dovrebbe indurre a ritenere che questi diritti riservati all'assente non potessero essere pregiudicati da alcun atto di disposizione fatto dal possessore della eredità, anzichè ad ammettere, senza l'appoggio d'un esplicito testo di legge, la esistenza d'un mandato legale che conferisse all'erede apparente il potere di alienar beni che appartengono, non a lui, ma al vero erede.

---

(1) V. Demolombe, t. II, n. 250, 253.

Un terzo sistema, più approvabile forse per logica deduzione dai principii generali di diritto rigorosamente applicati, riteneva invece nulle, come aventi per oggetto cose altrui, tanto la cessione dei diritti ereditari, quanto l'alienazione di beni particolari della eredità, fatte dall'erede apparente; e conseguentemente riteneva esercibile tanto nell'uno quanto nell'altro caso l'azione del vero erede contro il terzo acquirente, senza che questi potesse invocare, per sostenere la validità dell'acquisto, la buona fede in cui avesse contrattato (1). E crediamo che sotto l'impero d'un codice, come il Francese, il quale mancava di disposizioni che regolassero gli effetti degli atti compiuti dall'erede apparente sui beni della eredità, fosse realmente quest'ultima la sola opinione che potesse sostenersi coi principii generali di diritto. La cosa però è diversa per noi, che abbiamo un testo nel quale il legislatore ha regolata questa importante materia; e ad esso dobbiamo anzitutto riferirci. Ora la espressione del nostro articolo 933 è nei termini più generali che potessero usarsi; e riserva a favore dei terzi contraenti tutti i *diritti che abbiano acquistati per effetto di convenzioni a titolo oneroso fatte di buona fede coll'erede apparente.* Stando alla lettera della legge, sarebbe impossibile evidentemente escluderne il caso di compera dei diritti ereditari; poichè anche questo cessionario è un terzo, che per convenzione a titolo oneroso fatta di buona fede coll'erede apparente, ha acquistati diritti sui beni della eredità. Forsechè lo spirito della legge giustificherebbe il restringere l'applicazione di questa sua disposizione al solo caso che avesse formato oggetto della convenzione coll'erede apparente l'alienazione di *beni particolari?* Ma sembra chiaro all'opposto che anche quando l'erede apparente abbia venduto ad altri i diritti che reputava di avere sulla eredità, concorrono identici motivi per francare il terzo acquirente di buona fede dall'azione in

---

(1) V. Laurent, t. IX, n. 555, 556, 559, 561.

rivendicazione che gli venisse intentata dal vero erede. S'egli rimanesse esposto a codesta azione pel lungo corso di trent'anni — chè della prescrizione decennale, stabilita dall'art. 2137 del codice civile, non potrebbe giovarsi, non essendo acquirente di determinati beni immobili particolari, o di diritti reali sopra di essi — la incertezza della proprietà assumerebbe anzi un carattere più grave; poichè non colpirebbe soltanto beni singoli, ma l'intero compendio ereditario, anche per la parte mobiliare, giacchè il beneficio dell'art. 707, non è applicabile, per espressa sua disposizione, alla universalità dei mobili, e appunto una universalità di beni sarebbe l'oggetto della supposta cessione di diritti di eredità. Sarebbe quindi pure più notevole il danno per impedimento al commercio di questi beni, soggetti per tanto tempo ad evizione, e maggiore il pericolo di rovinose perturbazioni negl'interessi delle famiglie. Ci sembra pertanto che i motivi della legge si accordino colla generalità delle parole con cui fu formulata, per giustificare la massima, che crediamo indubitabile nel diritto nostro, doversi ritenere valida ed irrepugnabile a favore dei terzi acquirenti di buona fede — a senso dell'art. 933, § 2°, parte prima — anche la *cessione dei diritti ereditari*, che abbiano stipulata a titolo oneroso dall'erede apparente.

Alcuni degli interpreti del codice Francese facevano un'altra distinzione, che non ci parrebbe parimente accettabile nel diritto nostro. Distinguevano cioè gli *atti di semplice amministrazione*, da quelli *di disposizione*, che fossero stati compiuti dall'erede apparente: e dicevano che i primi, come *necessari*, dovessero sempre essere rispettati dal vero erede, quando almeno il terzo, a favore del quale fossero stati consentiti dall'erede apparente, si fosse trovato in buona fede: degli altri soltanto, quando fossero *volontari*, rimanesse disputabile se potessero dal vero erede venire impugnati (1). Un altro scrittore opinò non esservi luogo

(1) V. Demolombe, t. II, n. 234, ss.; Aubry e Rau, t. VI, § 616, 5°, n° 31, 32.

a tale distinzione; perchè, sia poi amministrando, sia disponendo, chi non ha diritto alla successione compie atti coi quali non è in suo potere di pregiudicare ai diritti del vero erede, e il suo possesso, il cui titolo sparisce al presentarsi del vero erede, non resta che un *puro fatto*, non suscettibile di produrre effetti a danno di colui al quale il diritto veramente appartiene (1). E queste considerazioni ci sembrano in principio giuste. Se non che il *Laurent* ne deduce che gli atti di amministrazione, come quelli di disposizione, compiuti dall'erede apparente, debbano riguardarsi come nulli rimpetto al vero erede: e ciò è sostenibile, relativamente al codice Francese, non essendovi in esso alcun testo che convalidi simili atti, derogando ai principii generali, secondo i quali chi è vero proprietario di beni, può sempre, quanto a sè, negare ogni efficacia a tutti gli atti, di qualunque natura, che altri abbia compiuti, senz'averne diritto nè potere, intorno ai beni medesimi. Ma noi nell'articolo 933 del codice civile abbiamo una disposizione, la quale deroga appunto a questi principii generali, ammettendo che in favore dei terzi di buona fede rimangano salvi i diritti acquistati per effetto di convenzioni a titolo oneroso fatte coll'erede apparente. Certo è che il testo non fa quella distinzione — la quale neppure teoricamente dovrebbe considerarsi, per le predette ragioni, come influente nel subbietto di cui ora trattiamo — tra gli atti di amministrazione e quelli di disposizione dei beni. Ma l'unica conseguenza da potersene dedurre è, a nostro avviso, questa: che tanto per l'una quanto per l'altra categoria di atti sia sempre applicabile la medesima regola, cioè rimanere fermi i diritti dei terzi solo quando essi li abbiano acquistati per convenzioni a titolo oneroso ed in buona fede.

L'applicazione di questa massima avrebbe luogo specialmente in riguardo alle locazioni di beni immobili; le

(1) V. Laurent, t. IX, n. 558, 559.

quali per la natura loro sarebbero semplici atti di amministrazione, e come tali vengono infatti riguardate e trattate dalla legge quando siano *a breve tempo*, non eccedano cioè la durata di nove anni; ma se sono fatte per tempo più lungo, vengono *parificate ad atti di disposizione*, e quindi *non sono permesse a coloro i quali non possono fare se non gli atti di semplice amministrazione* (art. 1572, cod. civ.). Data però l'interpretazione da noi accennata dell'art. 933, le locazioni di beni della eredità, consentite dall'erede apparente, fossero poi per tempo eccedente o no i nove anni, dovrebbero essere rispettate dal vero erede, qualora i conduttori le avessero stipulate *in buona fede*, — poichè anche mediante la locazione il conduttore *acquista un diritto per effetto di convenzione a titolo oneroso*, e simili diritti sono tutti indistintamente salvi a vantaggio del terzo contraente di buona fede, secondo la generale disposizione dell'articolo 933. — Ma se il terzo contraente, all'atto in cui stipulava la locazione, avesse saputo che i beni formanti oggetto del contratto non appartenevano a chi glieli dava in affitto, essendovi altri a cui veramente spettava il diritto alla eredità della quale quei beni facevano parte, il diritto di locazione, ancorchè questa fosse limitata a nove anni, o meno, non sarebbe sostenibile contro il vero erede, mancando la buona fede del terzo contraente stesso, ch'è uno dei requisiti essenziali a cui l'art. 933 subordina la derogazione che fa, come notammo, ai principii generali di diritto. Tale ci sembra la risoluzione, risultante dall'espressa disposizione del nostro codice, d'una questione ch'era controversa in diritto francese; giacchè vi era chi voleva mantenute le locazioni che fossero state senza frode convenute coll'erede apparente (1); e chi al contrario le riteneva nulle ancorchè fosse stato di buona fede il terzo contraente (2).

È notevole che nell'art. 933 il nostro legislatore ha

(1) V. Delvincourt, t. II, p. 101, nª 4; Demolombe, t. II, n. 237.
(2) V. Duranton, t. XVII, n. 135; Duragier, *Du contr. de louage*, n. 531; Laurent, t. IX, n. 558.

statuito sempre sui soli diritti che i terzi abbiano acquistati *per effetto di convenzioni* a titolo oneroso fatte di buona fede coll'erede apparente. Quali norme saranno dunque da seguirsi qualora si tratti di diritti acquistati per causa non contrattuale? Per esempio, un debitore della eredità si è liberato pagando ciò che doveva nelle mani dell'erede apparente. Potrà il vero erede, dopo avere esercitata la petizione di eredità, agire contro il debitore impugnando la validità del pagamento da lui eseguito, siccome fatto a chi non aveva qualità per riceverlo? Si è agitata una controversia giudiziale, relativa a beni dell'eredità, fra un terzo e l'erede apparente, sia poi stato l'uno o l'altro l'attore o il convenuto. La sentenza che venga pronunciata avrà l'autorità di cosa giudicata, a favore od a danno del vero erede, che più tardi agisca in petizione di eredità?

Vi è una disposizione espressa che vale a risolvere la prima delle cennate questioni. L'articolo 1242 del nostro codice — corrispondente al 1240 del codice Francese — stabilisce infatti che " il pagamento fatto *in buona fede a* " *chi si trova nel possesso del credito*, è valido, ancorchè il " possessore ne abbia in appresso sofferta l'evizione ". Ora, *nel possesso del credito* non può dirsi veramente che sia chi solo detenga materialmente *il titolo*, il documento che serva di prova del credito stesso, ma chi *possiede la qualità di creditore:* ed è ciò appunto che si verifica rispetto a chi possiede quale erede apparente la eredità di cui quel credito fa parte, e che appartiene realmente ad altra persona. Dunque il favore del predetto articolo 1242 si applica indubbiamente anche al debitore, che in buona fede ha eseguito il pagamento in mani dell'erede putativo. Diciamo *favore* ciò che ivi è disposto per la convalidazione del pagamento; il quale infatti, pel rigore dei principii, sarebbe da riguardarsi come nullo, perchè fatto a chi non era creditore, nè autorizzato da questo, o dall'autorità giudiziaria, o dalla legge a ricevere il pagamento stesso. E tale derogazione ai principii generali è giustificata anche qui, come

nell'art. 933, dalla protezione che merita la buona fede del debitore; avendo egli soddisfatto il proprio debito in mani di chi possedeva in qualità di erede, e per questo stesso possesso pubblico e pacifico dei beni della eredità, era notoriamente e dal medesimo debitore considerato appunto quale erede. Quella eccezione è inoltre giustificabile fino ad un certo punto sotto l'aspetto della necessità; in quanto che non poteva il debitore evitare di eseguire, come fece, quel pagamento, non avendo egli i mezzi di provare, ed anzi neppur sapendo che altri fosse il vero erede, e quindi il vero creditore.

Ma se questa prima questione trova chiara risposta in un testo legislativo, non manca invece di qualche difficoltà la risoluzione dell'altra, relativa all'autorità della cosa giudicata. Fra gli autori francesi l'opinione generalmente accolta è per la massima che " le sentenze pronunciate a " favore dell'erede apparente, o contro di lui, abbiano au- " torità di cosa giudicata anche verso il vero erede, il " quale prenda più tardi possesso della eredità " (1). Vari argomenti furono addotti in tal senso, specialmente dal *Demolombe*. Ma il ragionamento nella sua brevità più stringente, ci sembra quello formulato dal *Toullier*. Comincia egli dall'affermare il principio che " *il possessore è* " *da presumersi proprietario*, finchè il proprietario vero non " siasi fatto reintegrare nei proprii diritti " e da ciò argomenta nei termini seguenti: " Risulta da questo principio " che le sentenze rese *senza collusione* contro il proprietario " apparente, relativamente alla cosa di cui egli era in pos- " sesso, acquistano la forza di cosa giudicata contro il " vero proprietario reintegrato nei proprii diritti; come " parimente le sentenze proferite in favore del possessore, " concernenti la cosa ch'egli possedeva, profittano al pro- " prietario rientrato nei suoi diritti. Non si può opporre

(1) V. Toullier, t. VII, n. 28; Proudhon, *Traité des droits d'usufruit*, etc., t. II, n. 1319; Demolombe, t. II, n. 238; Aubry e Rau, t. VIII, § 769, n° 47.

" che sia una cosa giudicata *inter alios:* è sempre la stessa
" personalità morale, che passa dall'uno all'altro individuo,
" come in tutti gli altri casi di successione a titolo parti-
" colare. Il vero proprietario deve imputare a sè d'avere
" permesso che i proprii diritti riposassero sul capo di un
" altro, e d'averlo lasciato coperto dall'apparenza della
" proprietà „. Osserviamo però che il principio posto a
base di quest'argomentazione non è forse tanto sicuro,
quanto si afferma. Il proprietario apparente possiede cer-
tamente a titolo di proprietà, ma l'esistenza di un tale
titolo non è appoggiata ad alcuna presunzione legale, non
potendo questa sussistere senza un testo di legge che la
stabilisca. Il titolo di proprietà non è appunto in questo
caso che semplicemente apparente, ed è contrastato e vinto
dal titolo realmente spettante ad altri. È vero, se vuolsi,
che *il possessore è da reputarsi proprietario* finchè non sia
provato l'opposto: ma dopo che il proprietario vero abbia
fatte valere in giudizio le proprie ragioni, la dichiarazione
del diritto di lui pronunciata nella sentenza ha effetto ne-
cessariamente retroattivo, e trattandosi di eredità, il vin-
citore della lite è riconosciuto proprietario dei beni che la
compongono sin dal giorno dell'aperta successione. Stando
al rigore dei principii, sarebbe conseguente, pertanto, che
una volta accertato giudizialmente non appartenere alcun
diritto al proprietario apparente, la cosa giudicata in con-
tradditorio di lui non potesse avere effetto a danno del
proprietario vero, che l'illegittimo possessore non aveva
alcun potere di rappresentare, nè per mandato conven-
zionale nè per legge. E se fosse da risolversi la questione
col solo appoggio dei puri principii generali, riterremmo
molto meglio fondato ciò che disse un altro illustre giu-
rista: " Senza dubbio il legislatore avrebbe potuto man-
" tenere anche a fronte del vero erede gli effetti delle
" sentenze pronunciate fra l'erede apparente ed un terzo;
" e sembra duro il privar questo dei benefizi d'un giudicato
" che ottenne contro quello. Ma è forse men duro che il

“ vero proprietario si veda spogliato da una sentenza pro-
“ ferita in un giudizio in cui egli non fu parte? Chi dà al-
“ l'erede apparente, ad un semplice possessore, il diritto
“ di rappresentare il proprietario? Bisognerebbe arrivare
“ fino a concedere un simile diritto anche al possessore
“ di mala fede! La *necessità*, che s'invoca, non è un diritto.
“ Non vi è che un solo argomento che può far forza, ed è
“ quello della tradizione..... Comprendiamo l'impero della
“ necessità; ma, dopo tutto, essa non è che un fatto, e vi
“ è un'autorità più grande, quella del diritto „ (1).

Noi però, che abbiamo un testo, nel quale il nostro legislatore, ispirandosi a scopi di equità e d'interesse pubblico, si propose di regolare con apposite norme speciali la sorte degli atti compiuti dal possessore d'una eredità, anche nei rapporti coi terzi, non possiamo dispensarci di esaminare se dalla intenzione del legislatore, apparente da questa disposizione, ancorchè non sia espresso nelle parole di essa, risulti, o no, qualche principio direttivo per la risoluzione d'un punto così importante. L'art. 933, riservando a favore dei terzi i diritti da essi acquistati per atti compiuti dall'erede apparente, parla veramente soltanto di diritti acquistati *per effetto di convenzioni;* e qui trattasi di diritti derivanti da un giudicato, non da un contratto. Tuttavia un elemento *quasi contrattuale* vi è pure nei giudizi, in quanto le parti, determinando i punti di controversia che sottopongono alla decisione dei tribunali, vengono ad obbligarsi a subire gli effetti della sentenza che verrà pronunciata sulle questioni proposte. Ad ogni modo poi ci sembra chiaro che lo spirito d'una legislazione, la quale volle assicurati a favore dei terzi di buona fede gli effetti delle convenzioni onerose da essi volontariamente stipulate coll'erede apparente, non potrebbe comportare che uguale guarentigia non venisse accordata per gli effetti d'un giudizio, al quale è di necessità il ricorrere per risolvere le

(1) V. Laurent, t. IX, n. 559.

controversie che insorgano. Parliamo di terzi contendenti in buona fede, e quindi poniamo fuori di questione i casi di collusione fraudolenta tra l'erede apparente e l'altra parte litigante, per danneggiare gl'interessi del vero erede. La frode non potrebbe certamente mai giovare a chi la commise, e pregiudicare al vero erede, rendendogli opponibile un giudicato che con tali iniqui raggiri si fosse ottenuto. Ma, supposta una contestazione legittimamente e lealmente avvenuta, sarebbe assurdo che l'altra parte, la quale fu nella necessità di discuterla stando a fronte dell'erede apparente, non potesse poi giovarsi della sentenza favorevole che avesse riportata, contro il vero erede che più tardi si presentasse; e sarebbe una contraddizione flagrante collo spirito della legge, che volle far salvi i diritti dei terzi anche quando siano stati acquistati per cause meramente volontarie, quali sono le convenzioni liberamente stipulate dai terzi coll'erede apparente. Il terzo avrebbe potuto astenersi dal contrattare; ma non poteva esimersi dallo stare in giudizio quando vi era tratto dal possessore della eredità reputato notoriamente per vero erede; come non poteva senza danno evitare di promuovere contro lo stesso possessore le azioni che gli competessero verso l'eredità, poichè frattanto non avrebbe mancato di correre a suo pregiudizio il tempo per la prescrizione estintiva di tale azione. Crediamo pertanto che la massima comunemente adottata dalla dottrina e dalla giurisprudenza francese, sia confermata nel diritto nostro dallo spirito, se non dalla lettera, dell'art. 933 del nostro codice civile.

Questo articolo limita il benefizio del mantenere i diritti acquistati dai terzi, ai soli casi di CONVENZIONI A TITOLO ONEROSO *fatte di buona fede coll'erede apparente*. Chi pertanto avesse ottenuto da quest'ultimo la concessione o la trasmissione di diritti di qualunque specie *per titolo meramente gratuito* — ancorchè non si trattasse di donazione formale — rimarrebbe esposto all'azione in rivendicazione dei beni, od in nullità della concessione dei diritti attribuitigli, la

quale azione, finchè non fosse prescritta, potrebb'essere esercitata contro di lui dal vero erede. Così si è stabilita una prima distinzione, perfettamente conforme ad equità, tra gli atti *a titolo gratuito* e quelli *a titolo oneroso*. Quanto ai primi, trovandosi a fronte il terzo acquirente, che intenderebbe di *conservare un lucro*, col vero erede, che vuole *evitare un danno*, era equo che venisse preferito quest'ultimo. D'altra parte, la disposizione, colla quale si riservarono a favore dei terzi i diritti acquistati per convenzioni stipulate coll'erede apparente, è — come già notammo — una eccezione, che per protezione della buona fede si è fatta al rigore dei principii generali di diritto. Ora, questa eccezione, perfettamente giustificata quando si tratta di preservare l'acquirente di buona fede dalla perdita che subirebbe nel proprio patrimonio qualora fosse evinto dei beni acquistati a titolo oneroso, non si troverebbe appoggiata a motivi altrettanto gravi trattandosi di acquisti fatti a titolo gratuito. E se altri inconvenienti rimangono, derivabili dall'azione colla quale il vero erede rivendichi, forse dopo molti anni, i beni donati a terze persone dall'erede apparente; ad essi è da contrapporre l'altro non meno grave, che resti diminuito il patrimonio ereditario in danno di quello a cui veramente appartiene, per lasciare impinguato il patrimonio d'un terzo colle liberalità fattegli dall'erede apparente.

Pel caso speciale poi di *donazione onerosa*, già esponemmo nel numero precedente le massime che sulla traccia del diritto romano reputeremmo doversi adottare (1).

Relativamente agli atti *a titolo oneroso*, trattandosi per ambedue le parti di *evitare un danno*, tanto pel vero erede che vorrebbe intentare, quanto pel terzo acquirente che subirebbe l'azione di rivendicazione, il legislatore ha suddistinti i casi di *buona fede* da quelli di *mala fede* del terzo acquirente stesso. E se *all'atto in cui questi convenne* col-

---

(1) V. sopra, n. 243, p. 1259-1260.

l'erede apparente per l'acquisto di beni dell'eredità a titolo oneroso, si trovava *in mala fede*, sapendo che quella eredità apparteneva realmente ad altri, l'acquirente stesso è parificato al donatario, soggetto come lui all'azione di rivendicazione esercibile dal vero erede. Se invece era allora *in buona fede*, è mantenuto in favor suo l'effetto dell'avvenuta trasmissione di proprietà; ma il vero erede può ancora agire contro lo stesso terzo acquirente pel pagamento del prezzo che non sia stato soddisfatto, o contro l'erede apparente per la restituzione del prezzo che abbia ricevuto, od anche pel risarcimento dei danni, secondo i casi e le norme che specificammo nel numero precedente.

La buona fede, per quanto riguarda la validità dell'acquisto fatto dal terzo, si considera unicamente — come già accennammo — dalla parte di lui; cosicchè, mentre non si richiede che sia pure stato in buona fede l'erede apparente allorchè fece l'alienazione, non basterebbe poi la buona fede di lui, qualora fosse stato in mala fede il terzo acquirente.

Era controverso tra gli autori francesi se le transazioni, stipulate tra l'erede apparente e terze persone relativamente ai beni ereditari, fossero da reputarsi valide e produttive dei loro effetti, tanto contro il vero erede rientrato nei proprii diritti, che in favore di lui.

Sostenevano alcuni la validità, a condizione che la transazione fosse stata stipulata in buona fede e senza collusione; osservando, fra l'altro, che la transazione *ha la stessa autorità della cosa giudicata*, non è un atto completamente *volontario*, e costituisce *un fatto di amministrazione*, più che un atto di disposizione (1).

Altri propugnavano l'opinione opposta, invocando l'autorità del diritto romano, secondo la L. 3 § 2, D. *De transactionibus*, — dalla quale risultava non poter giovare ned essere opposta al vero erede una transazione convenuta

---

(1) V. Toullier, t. VI, n. 54, t. VII n. 29; Demolombe, t. II, n. 239.

tra chi si faceva passare per erede ed un terzo — e confutando, com'era per verità molto facile, l'argomento addotto per la validità, che la transazione fosse da considerarsi, non come un atto di disposizione, ma come un semplice fatto di amministrazione (1).

Non sembra però possibile che si riproduca una simile controversia nel diritto nostro, apparendone troppo certa e chiara la soluzione da quanto è disposto espressamente nell'art. 933. Esso stabilisce dover essere *salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto di convenzioni a titolo oneroso fatte di buona fede coll'erede apparente*. Ora, la transazione è indubitabilmente un contratto a titolo oneroso; stipulato il quale da un terzo, che sia stato in buona fede, perchè abbia creduto vero erede colui che lo era solo apparentemente, devono dunque rimanere salvi a profitto del terzo medesimo, secondo la testuale disposizione di detto articolo, i diritti acquistati per effetto di quella transazione.

CAPO III.

Dell'assenza considerata in ordine allo stato personale del coniuge e dei figli minori dell'assente.

(1) V. Duranton, t. I, n. 575; Laurent, t. IX n. 560.

dall'art. 47 al consiglio di famiglia, e dei provvedimenti che lo stesso consiglio può dare. — 253. Regole applicabili allorchè si tratti di *figli naturali* d'un assente, minori di età.

245. — Fin dal principio di questo trattato avvertimmo che, quantunque veramente l'assenza non produca effetti modificativi dello stato e della capacità personale dell'assente stesso, pel quale — supposto che sia ancora in vita — si conservano inalterati gli attributi tutti sì dello stato che della capacità sua; nondimeno l'assenza stessa può esercitare una importante influenza sullo stato personale del coniuge o dei figli minori che l'assente abbia lasciati (1).

Il matrimonio non si scioglie che colla morte d'uno dei coniugi (art. 148, cod. civ.). Quale dev'essere dunque in codesto rapporto l'effetto dell'assenza, la quale genera incertezza se il coniuge assente sia tuttora in vita, o già ne sia avvenuta la morte? E quale sarebbe la sorte d'un nuovo matrimonio, che durante l'assenza venisse contratto dal coniuge rimasto presente?

L'assenza del marito deve necessariamente influire relativamente agli atti che la moglie rimasta presente abbia a compiere, e per la validità dei quali sarebbe richiesta dalla legge l'autorizzazione maritale. Nella impossibilità in cui la donna si trova di riportare una tale autorizzazione, dovrà chiederla in supplemento all'autorità giudiziaria, oppure avrà, durante l'assenza del marito, quella piena libertà di agire che spetta a persona perfettamente capace?

Un altro rapporto importantissimo, sul quale può influire l'assenza d'una persona, è quello della legittimità dei figli. Se dopo trascorsi più di 300 giorni da quello in cui cominciò la presunta assenza del marito, la moglie dia alla luce un figlio, potrà essere invocata a favore di questo la presunzione di paternità del marito (art. 159, 160, codice civile) senza bisogno di provare che l'assente vi-

---

(1) V. sopra, n. 129, p. 410.

vesse ancora nel trecentesimo giorno avanti la nascita del figlio?

Ancora, relativamente allo stato personale dei figli minori di età, può produrre vere e necessarie modificazioni l'assenza del genitore, che esercitava su di essi la patria podestà; poichè, mancando questo mezzo, con cui la legge provvedeva al governo delle persone e dei beni di quegli incapaci, diviene indispensabile sostituire altri ordinamenti, almeno temporanei, al fine di non lasciare i minorenni affatto indifesi nelle loro persone e nelle loro sostanze.

Per quest'ultimo oggetto il nostro legislatore ha scritte speciali apposite disposizioni nel titolo dell'assenza; e sono le seguenti:

Art. 46. " Se il presunto assente lascia figli in età mi-" nore, la loro madre assumerà l'esercizio della patria " podestà a norma dell'art. 220.

Art. 47. " Se la madre non è vivente allorchè si ve-" rifica la presunzione di assenza del padre, o muore " prima che l'assenza sia dichiarata, o è nell'impossibilità " di esercitare la patria podestà, la cura dei figli verrà dal " consiglio di famiglia conferita agli ascendenti prossimi " nell'ordine stabilito dall'art. 244, ed in mancanza di " questi ad un tutore temporaneo ".

Fu invece pretermesso in questo titolo tutto ciò che possa concernere il matrimonio in cui l'assente fosse legato, l'autorizzazione maritale, e la legittimità dei figli; bastando, per risolvere i dubbi che possono sorgere su tali argomenti, l'applicazione dei principii stabiliti nei rispettivi titoli, senza bisogno d'altre speciali disposizioni.

Nondimeno, nell'intento di completare l'esposizione dell'intero sistema riguardante l'assenza, premetteremo alcuni brevi e generali cenni anche intorno ai punti suindicati, innanzi di occuparci del commento dei riferiti due articoli.

246. — Dal principio stabilito nell'articolo sopra ricordato, 148 del codice civile, che *il matrimonio non si*

scioglie se non per la morte di uno dei coniugi, deriva che l'assenza — sia poi soltanto *presunta*, o *giudizialmente dichiarata*, qualunque sia il tempo pel quale abbia durato, ancorchè abbia dato luogo all'immissione dei presunti eredi nel possesso definitivo dei beni, ancorchè siasi protratta oltre i cento anni dal dì della nascita dell'assente — non possa mai avere per effetto di sciogliere il matrimonio, e perciò di autorizzare il coniuge rimasto presente a contrarre nuove nozze: perciocchè — come tante volte ripetemmo — l'assenza, in qualunque stadio essa sia, non genera mai che incertezza intorno all'esistenza dell'assente, non produce mai presunzione della morte di lui, che sarebbe la sola causa, da cui, secondo l'art. 148, potesse derivare lo scioglimento del matrimonio, e conseguentemente la libertà del coniuge superstite di contrarre una nuova unione. Infatti, secondo le disposizioni combinate degli articoli 79 § 3° e 124 § 2° del cod. civ., non potrebbe l'uffiziale dello stato civile procedere alla celebrazione del matrimonio di persona che constasse essersi vincolata con un matrimonio precedente, se non quando fosse presentato, fra gli altri documenti richiesti, l'*atto di morte* del coniuge anteriore; il che non essendo possibile quando per la semplice assenza di quest'ultimo rimanga incerto s'egli sia o no tuttora vivente, sorge dunque da ciò stesso un *impedimento impediente* la celebrazione del nuovo matrimonio. Per altra parte però neppur potrebbesi affermare l'esistenza d'un *impedimento dirimente*, a senso della massima consacrata dall'art. 56 del codice civile, nè la conseguente nullità del nuovo matrimonio, che di fatto venisse celebrato; perchè, stante appunto la incertezza che accompagna necessariamente in qualunque suo stadio l'assenza, non consta che sia attualmente vincolato da un matrimonio precedente chi aveva per coniuge un assente. Da ciò è derivata la massima stabilita nel secondo paragrafo dell'art. 113 del nostro codice, ov'è detto: “ Il matrimonio “ contratto dal coniuge di un assente non può essere im-

“ pugnato finchè dura l'assenza „. Questa pertanto produce, sullo stato dell'altro coniuge rimasto presente, gli effetti gravissimi di costituire impedimento impediente a poter questi contrarre un nuovo matrimonio, finchè non si abbia la prova autentica della morte dell'assente, e di lasciare incerta la validità del nuovo matrimonio, che di fatto venisse celebrato, quantunque l'azione per farlo annullare non possa essere promossa da alcuno finchè duri l'assenza, e con essa l'incertezza se il coniuge anteriore assente sia tuttora in vita, o no.

Ci limitiamo per ora a questi cenni, che ci parvero necessari per porre in chiaro uno degli effetti che può avere l'assenza relativamente allo stato delle persone; astenendoci da più ampie dimostrazioni, le quali spettano naturalmente ad altra sede.

Aggiungeremo soltanto, che il codice Francese aveva nel capo 3° del titolo *degli assenti* una Sezione apposita, che trattava *degli effetti dell'assenza riguardo al matrimonio*, e in quella Sezione l'art. 139 era espresso nei termini seguenti:

“ L'assente, il di cui consorte ha contratto un altro ma-
“ trimonio, *sarà egli solo ammesso ad impugnare questo*
“ *matrimonio*, o personalmente, o col mezzo di un suo
“ procuratore munito della prova della di lui esistenza „.

A parecchie gravi e controverse questioni dava luogo la interpretazione di questo articolo (1): ma ciò che pareva risultarne con certezza era che, *non ricomparendo il coniuge assente*, il nuovo matrimonio contratto dall'altro coniuge non poteva essere impugnato che da un procuratore dell'assente stesso, *provando che questi fosse tuttora vivente.* All'opposto l'art. 113 del codice Italiano, limitando il divieto d'impugnare il nuovo matrimonio contratto dal coniuge dell'assente *al tempo in cui duri l'assenza*, lascia luogo a potersi proporre l'azione in nullità *da tutte le persone contemplate nell'art.* 104, *ogni volta che l'assenza sia per*

(1) V. Aubry e Rau, t. I, § 159, n° 2, 3, 4.

qualunque causa cessata; e quindi, non solo se l'assente sia ricomparso, ma ancora se si provi che sia tuttora vivente, o se, accertato il tempo in cui ne sia avvenuta la morte, risulti che viveva ancora allorchè il coniuge di lui si legò in nuove nozze.

Quale sia l'influenza che gli effetti dell'assenza possano avere sui rapporti pecuniari stabiliti tra i coniugi col matrimonio, già lo dimostrammo trattando dei diritti che il coniuge dell'assente può esercitare a norma dell'art. 26 § ultimo del codice civile, e discutemmo eziandio la questione, se il coniuge presente possa pretendere di conservare sui beni dell'assente, a fronte di coloro che ne abbiano ottenuta l'immissione in possesso, l'esercizio di tutti i diritti che aveva conseguiti in virtù del contratto matrimoniale, finchè non sia provata la morte realmente avvenuta del coniuge assente (1). Sarebbe superfluo, pertanto, il ritornare ora su questi asgomenti.

Il codice Francese aveva nell'art. 222 la disposizione seguente:

" Se il marito è interdetto *o assente*, il giudice può, con " cognizione di causa, autorizzare la moglie tanto a stare " in giudizio, quanto a fare contratti ". Da ciò risultava che l'assenza del marito — fosse poi soltanto *presunta*, od anche *dichiarata giudizialmente* — non dispensava la donna maritata dalla necessità d'un'autorizzazione per stare in giudizio, o per contrattare.

Nel codice Italiano (art. 135) fu stabilito invece, che " l'autorizzazione del marito *non è necessaria*, 1°, quando " egli sia minore, interdetto, *assente*, o condannato a più " di un anno di carcere, durante l'espiazione della pena... " e che solo quando " il marito ricusi l'autorizzazione, o " trattisi di atto nel quale siavi opposizione d'interesse, " ovvero la moglie sia legalmente separata per sua colpa, " o per colpa sua e del marito, o per mutuo consenso,

(1) V. sopra, n. 170, p. 670-689.

" sarà necessaria l'autorizzazione del tribunale civile „ (art. 136, cod. civ.).

Così dunque, secondo la nostra legislazione, l'assenza del marito — o sia *dichiarata* giudizialmente, od anche semplicemente *presunta* — ridà alla moglie la piena libertà di operare per tutti gli atti della vita civile, anche in quelli pei quali, a norma della tassativa disposizione dell'art. 134, sarebbe richiesta l'autorizzazione maritale. Ciò è conforme all'ordine d'idee adottato dal nostro legislatore; il quale volendo diminuire, quanto si potesse senza troppo grave pericolo degl'interessi della famiglia, i vincoli imposti dalle legislazioni anteriori alle donne maritate nel governo dei loro beni, preferì di renderle pienamente libere da ogni soggezione all'autorità altrui, qualora il marito non potesse prestare l'autorizzazione per una delle cause determinate nel detto art. 135 n. 1°. Ma da ciò stesso risulta dunque un importante effetto, ch'è prodotto dall'assenza del marito sullo stato personale della moglie, in quanto che essa rimane per quel fatto nelle ordinarie condizioni di capacità per tutto ciò che riguarda, non solo l'amministrazione, ma la libera disposizione dei proprii beni.

Una grave questione si è agitata in Francia relativamente alla legittimità del figlio di donna maritata ad un assente, il qual figlio sia nato più di 300 giorni dopo quello da cui parta la presunzione di assenza del marito: e nella risoluzione di tale controversia la dottrina si è trovata discorde dalla giurisprudenza. Con più sentenze proferite da Corti di appello, ed anche dalla stessa Corte di cassazione, fu deciso — quantunque per differenti motivi — che un figlio nato anche *più anni dopo* che il marito della madre era assente, fosse da reputarsi *legittimo*, e come tale avesse diritto a concorrere alla *successione materna*. Gli autori, al contrario, ritengono che questo figlio non possa invocare a proprio favore la presunzione di legittimità, nè quindi possa pretendere, sia alla successione della madre, sia di partecipare alla immissione in possesso

dei beni dell'assente, nella qualità predetta di figlio legittimo, se non quando venga *provato che il marito assente vivesse ancora nel trecentesimo giorno anteriore alla nascita del figlio stesso* (1).

L'argomentazione della giurisprudenza — lasciando da parte gli speciali motivi addotti dalle Corti d'appello, che la stessa Cassazione non ritenne abbastanza fondati, non ostante che per altre ragioni rigettasse i ricorsi — era in sostanza la seguente:

Dal principio che l'assente, del quale manca ogni notizia, non è presunto nè vivente, nè estinto, devesi dedurre che incomba a chi reclami diritti, fondati sulla vita o sulla morte di lui, l'onere di provare l'una o l'altra.

Ma il figlio partorito dalla moglie dell'assente, avendo in proprio favore l'atto di sua nascita con un possesso di stato conforme, non può avere bisogno di somministrare altra prova; è invece chi gli contesta la legittimità, che venendo a sostenere essere stato concepito quel figlio fuori di matrimonio, ha l'obbligo di provare che questo fosse già sciolto al tempo in cui quel concepimento ha potuto verificarsi, cioè di provare che il marito assente era già morto prima del trecentesimo giorno anteriore alla nascita del figlio. Fino a che non sia data questa prova, l'azione promossa a danno del figlio stesso, o l'eccezione a lui opposta, deve considerarsi come irricevibile.

La prima di queste proposizioni è incontestabile. Tutto riducendosi durante l'assenza, in qualunque stadio essa sia, alla incertezza sulla vita o sulla morte dell'assente, è chiaro che chi alleghi il fatto della esistenza o del decesso di lui, a fondamento della propria domanda o della propria eccezione, si trova nella necessità di provare la verità di quel fatto, e in mancanza, la sua domanda o la sua eccezione non potrebbe che essere respinta. Questa non è che la più semplice applicazione dei principii fondamentali

(1) V. Merlin, *Questions de droit*, v° *légitimité*, § 8; Demolombe, t. II, n. 268; Aubry e Rau, t. I, § 159, n° 7; Laurent, t. II, n. 150.

riguardanti l'onere della prova. Ma dove l'argomentazione sembra cadere in difetto, è quando afferma che al figlio non possa incombere alcun obbligo di prova, avendo egli in proprio favore l'atto di nascita e il possesso conforme. L'atto di nascita non fa per se stesso e direttamente piena fede che della sola maternità della donna maritata, iscrittavi come madre del bambino a cui l'atto predetto riguarda. La paternità del marito della donna indicata come madre nell'atto di nascita, quando non sia stato *dichiarante* il marito stesso, non è provata da quell'atto, se non *indirettamente* soltanto, e in virtù della presunzione " *pater is est quem nuptiae demonstrant* „. Ora, per potersi giovare di questa presunzione, e sul fondamento di essa invocare lo stato di filiazione legittima, è necessario evidentemente di provare l'esistenza dei fatti giuridici supposti a base della medesima presunzione. Il *possesso di stato* poi non può risultare che " da una serie di fatti, i quali nel " loro complesso valgano a dimostrare le relazioni di filia- " zione legittima „ tra i quali fatti devesi verificare principalmente che l'individuo di cui si afferma la legittimità, non solo abbia sempre portato il cognome del padre ch'egli pretende di avere, e ne sia stato costantemente riconosciuto come figlio in società e dalla famiglia, ma ancora che " il padre lo abbia trattato come suo figlio, ed abbia " provveduto in questa qualità al mantenimento, all'edu- " cazione ed al collocamento di lui „ (art. 172, cod. civ.). Ciò non è possibile che sussista allorchè si tratti del figlio nato dalla moglie di un assente. Non è dunque certamente il caso di poter invocare la massima, consacrata anche dal nostro art. 173, che non solo vi ha piena prova della filiazione legittima, ma nemmeno è ammissibile alcuna controversia in senso contrario, allorchè *il figlio abbia un possesso conforme all'atto della sua nascita.*

Abbiam detto, ed è indubitabile, che l'atto di nascita, nel quale non sia stato dichiarante il padre, non potendo provare la paternità del marito della donna indicatavi come

madre del bambino, se non indirettamente, e in vista della presunzione “ *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* „ deve seguirne che per poter invocare lo stato di legittimità in favore del figlio partorito dalla moglie di un assente più di 300 giorni dopo che l'assenza fu incominciata e continuata, sia indispensabile somministrare la prova che esistano tutti i fatti giuridici formanti il fondamento di quella presunzione, e senza il concorso dei quali essa non potrebbe sussistere. Or questi fatti consistono non nella sola celebrazione del matrimonio avvenuta validamente tra coloro che si pretende siano genitori legittimi di una data persona, ma nell'esistere tuttora quel matrimonio al tempo in cui può essere avvenuto il concepimento del figlio. Infatti nell'art. 159 del nostro codice è tradotta la massima “ *pater* “ *is est quem nuptiae demostrant* „ in questi termini:

“ Il marito è padre del figlio *concepito durante il matri-* “ *monio* „. È dunque elemento indispensabile di questa presunzione legale, che il concepimento del figlio *possa essere avvenuto quando il matrimonio non era ancora sciolto:* e perciò, se il concepimento non possa essere avvenuto che durante l'assenza di colui al quale si pretenderebbe attribuire la paternità — come appunto quando tale assenza fosse cominciata più di 300 giorni prima di quello della nascita del figlio — poichè, d'altra parte, è caratteristica dell'assenza l'incertezza sulla esistenza dell'assente, sarà necessario provare che questi viveva ancora, e quindi non era sciolto il matrimonio, nel tempo corrispondente al trecentesimo giorno avanti quello in cui la di lui moglie diede alla luce un figlio. Solo allora potrà affermarsi essere stato questo figlio *concepito durante il matrimonio*, secondo la presunzione che determina il massimo possibile della gestazione in 300 giorni (art. 160, cod. civ.); solo allora, stabilita così la *possibilità* che questo figlio sia stato generato per opera del marito, diverrà invocabile la presunzione della paternità legittima di lui. L'effetto di tale presunzione potrà ancora essere oppugnato mediante l'azione in *disco-*

noscimento, proponibile dal marito assente entro i tre mesi successivi al suo ritorno, provando che *in causa del suo allontanamento era nella fisica impossibilità di coabitare colla moglie* (art. 162, 166 § 3°, cod. civ.), e simile azione potrà forse, nei casi e nei termini stabiliti dalla legge, essere anche proponibile dagli eredi del marito stesso (art. 167, cod. civile). Ma qualora l'azione in disconoscimento non sia promossa in tempo utile da chi spetta, o questi soccomba nel giudizio, rimarrà a benefizio del figlio la *presunzione di legittimità;* il quale vantaggio importante egli avrà conseguito, col somministrare la prova che al tempo del presumibile suo concepimento essendo stato ancora in vita l'assente, non era quindi impossibile che fosse suo padre, e coll'avere così dimostrata l'applicabilità in proprio favore della presunzione stabilita dall'art. 159 del codice civile.

Non è da dissimulare una obbiezione, che nel nostro codice potrebbe dedursi dal già citato articolo 160. Esso dichiara che il figlio *nato entro i trecento giorni dallo scioglimento del matrimonio, si presume concepito durante il matrimonio stesso.* Da ciò potrebbesi argomentare la esistenza della presunzione legale che il figlio fosse stato *concepito durante il matrimonio*, pel solo fatto accertato che la madre avesse contratto questo vincolo, salvo il potersi distruggere una tale presunzione, provando in contrario che il matrimonio fosse già sciolto più di 300 giorni prima che il figlio nascesse. Ma la risposta non sembra difficile. Nel detto art. 160 *si suppone accertato lo scioglimento del matrimonio, ed il giorno in cui ciò sia avvenuto;* e quando, entro i 300 giorni da quello, nasca dalla vedova un figlio, *lo si presume concepito durante il matrimonio.* Questo, e nulla più, è detto nell'art. 160. È tutt'altro il caso del figlio nato da una donna il cui marito sia assente da più di trecento giorni. È allora completamente incerto se e quando siasi verificato lo scioglimento del matrimonio; ma appunto perciò, come incomberebbe il provare questo fatto a chi

su di esso fondasse un'azione od un'eccezione propria, così per converso chi affermi che quel matrimonio esisteva ancora in un determinato giorno, deve provarlo. Ed è precisamente questa la condizione delle cose allorchè s'invoca lo stato legittimo a favore del figlio partorito da una donna il cui marito era assente da più di 300 giorni. Non si può sostenere codesto assunto, se non affermando che il marito vivesse ancora nel trecentesimo giorno avanti la nascita del figlio: e poichè ciò non consta, in causa appunto dell'assenza, è dunque indispensabile provare che alla predetta affermazione corrisponda la realtà del fatto. Ci sembra dunque che ai principii generali riguardanti l'onere della prova sia perfettamente conforme la massima professata dagli autori francesi, sebbene contraddetta dalla giurisprudenza.

Col rigore dei principii si accordano inoltre, in questo particolare, altre riflessioni d'ordine morale. Fu osservato giustamente dai citati autori, che l'attribuire lo stato legittimo ad un figlio nato più di 300 giorni, e fors'anche — come la giurisprudenza volle ammettere — parecchi anni dopo che il preteso padre era scomparso, nè si aveva più notizia alcuna di lui " condurrebbe a conseguenze ripu- " gnanti al senso morale, ed offendenti nella più grave " maniera l'interesse legittimo delle famiglie „. A questo figlio, la cui nascita evidentemente illegittima non potrebbe essere diversamente considerata dall'opinione pubblica, spetterebbe nondimeno legalmente lo stato di legittimità, e gliene sarebbero attribuiti tutti i diritti, tanto nei rapporti colla famiglia materna, quanto con quella dell'assente. Il *Demolombe* notava anzi che ciò potrebbe " eccitare al " disordine la moglie dell'assente, la quale non avesse figli, " offrendole un mezzo colpevole ed ignominioso per togliere " i beni del marito alla sua famiglia legittima „. Veramente in queste idee ci sembra di riscontrare qualche inesattezza. Come potrebbe la moglie dell'assente sperare di *togliere i beni del marito alla sua famiglia legittima* col dive-

nire illecitamente madre? Non certo di far ammettere all'immissione in possesso dei beni dell'assente questo figlio, nato più di 300 giorni dopo la scomparsa o le ultime notizie dell'assente medesimo; perchè, secondo l'art. 26 § 2° del cod. civile, non conseguono l'immissione in possesso se non *quelli che sarebbero stati eredi legittimi, se l'assente fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza*. Ora, se questo giorno, da cui parte la presunzione di assenza, è anteriore al trecentesimo precedente quello della nascita del figlio, è fuori di dubbio non potersi per lui affermare che sarebbe stato erede legittimo dell'assente in quel giorno in cui non poteva ancora essere concepito (articolo 724 n° 1°, cod. civile). O forse la moglie dell'assente avrebbe voluto col suo disonesto operare far pervenire i beni a questo figlio che procreava, nel caso che venisse poi accertata la morte dell'assente medesimo, e così a vero titolo di successione, in danno della famiglia legittima? Ma allora, delle due cose l'una: o il giorno accertato della morte dell'assente sarebbe anteriore al trecentesimo avanti la nascita del figlio, e questi rimarrebbe escluso dalla successione, a norma dell'articolo 724 n° 1°, cod. civile, perchè non sarebbe stato ancora concepito al tempo dell'aprimento di essa: o invece sarebbe provato che l'assente fosse morto in uno dei trecento giorni precedenti la nascita del figlio, e il conferirsi a questo la successione dell' assente non costituirebbe una usurpazione, ma un diritto conseguente dallo stato di presunta legittimità del figlio stesso.

Piuttosto pare a noi che sia giusta l'altra osservazione fatta dai signori *Aubry* e *Rau*, della incoerenza in cui si cadrebbe se il figlio partorito dalla moglie dell'assente più di 300 giorni dopo quello della scomparsa o delle ultime notizie di lui, venisse escluso, da un lato, dal poter chiedere l'immissione in possesso dei beni dell'assente medesimo, e dall'altro potesse presentarsi, nella qualità di figlio legittimo, alla successione della madre, o di qualunque

altra persona della famiglia di lei, come dovrebbe avvenire necessariamente ammettendo che a quel figlio appartenesse lo stato di filiazione legittima.

247. — Non meno del patrimonio che l'assente avesse lasciato, la famiglia di lui meritava le cure del legislatore; acciocchè la scomparsa e la mancanza d'ogni notizia del genitore che esercitava la patria potestà, il complesso di quelle circostanze che rendono incerto se e dove egli sia, non ponesse i figli minorenni, che di lui fossero rimasti, in condizione di mancare dei provvedimenti necessari alle loro persone ed all'amministrazione dei loro beni. Perciò il secondo degli oggetti delle provvidenze determinate dalla legge pei casi di assenza riguarda appunto *la cura o tutela dei figli minori dell'assente*, come porta la rubrica del Capo 4° di questo titolo *degli assenti*, nel cod. civ.

Parlando di *figli minori*, s'intende però di riferirsi solamente ai *non emancipati;* poichè quelli, i quali abbiano ottenuta l'*emancipazione*, sono capaci di fare da sè soli tutti gli atti che stiano entro i limiti della *semplice amministrazione* (articolo 317 del codice civile), e solo per gli altri, che li eccedano, hanno bisogno dell'*assistenza del curatore*, e solo per alcuni di essi occorre inoltre l'autorizzazione del consiglio di famiglia, e questa in un numero di casi ancora più limitato è soggetta eziandio all'omologazione del tribunale (art. 318, 319, cod. civ.). Ma, quantunque l'ufficio di curatore dell'emancipato spetti per diritto, a preferenza di ogni altro, al padre ed alla madre dell'emancipato stesso (art. 314 § 2°, 315, cod. civ.) pure anche pel caso in cui il genitore, al quale apparterrebbe tale ufficio, fosse *assente*, non occorrevano provvedimenti speciali, risultando in modo generale dai citati art. 314 e 315 che mancando per qualunque causa, e fra l'altre quindi anche per assenza, i genitori dell'emancipato, spetta al consiglio di famiglia il nominargli un altro curatore. La quale nomina del resto, finchè si trattasse d'assenza sem-

plicemente presunta — durante la quale, come vedremo, non si ammettono pei figli dell'assente altri provvedimenti che puramente *temporanei* — non dovrebb'essere che *speciale per determinati atti*, nei quali si verificasse al momento ed urgentemente il bisogno che il minore emancipato fosse assistito da un curatore: e solamente quando l'assenza fosse poi *dichiarata giudizialmente*, sarebbe il caso che il consiglio di famiglia avesse a nominare un curatore, che sostituisse permanentemente il genitore assente dell'emancipato; nel modo stesso che, se questi fosse *minore non emancipato*, si farebbe luogo per la *dichiarazione di assenza* di amendue i genitori, o di quel solo di essi che fosse superstite, all'*aprimento della tutela* (articolo 241, codice civile).

Il bisogno di provvedere ai figli minorenni, che siano stati lasciati dall'assente, si manifesta appena l'assenza si verifichi. Quindi è che al primo stadio, della presunzione di assenza, si riferiscono appunto le disposizioni date dalla legge su questo argomento. Ed anzi, quando per la *dichiarazione di assenza*, formalmente pronunciata a norma degli articoli 22 e seguenti del codice civile, si fosse passato dal primo al secondo periodo, non potrebbe più esser caso di quei provvedimenti temporanei, dei quali si è occupata qui la legge; perciocchè, se l'altro genitore fosse superstite, presente e capace, rimarrebbe a lui, o gli si si devolverebbe — secondo che fosse il padre o la madre — l'esercizio della patria podestà (art. 220, cod. civ.); e se l'altro genitore fosse morto, dichiarato assente egli pure, o privato della patria podestà per effetto di condanna penale, *si aprirebbe la tutela* (detto art. 241, cod. civ.). E che i provvedimenti speciali, ordinati dalla legge pei figli minori lasciati dall'assente, riguardino unicamente al primo, non al secondo periodo dell'assenza, risulta pure dal testo stesso degli art. 46 e 47; nei quali si parla *del presunto assente*, della *presunzione di assenza*, della *morte della madre prima che l'assenza del padre sia dichiarata.*

Il carattere che domina in queste disposizioni, è la *temporaneità* dei provvedimenti da esse ammessi. Non era infatti nel primo periodo, dell'assenza semplicemente *presunta*, nel quale si può aspettare da un momento all'altro il ritorno della persona, la cui mancanza produce la necessità di tutelare con altri mezzi le persone ed i beni dei figli minori di lei, non era in questo stadio dell'assenza, che si potesse pensare a stabilire ordinamenti definitivi; i quali dovrebbero avere per base la massima probabilità che il genitore assente non esistesse più. E vedremo più innanzi che appunto per ciò coloro i quali, se il genitore assente fosse morto, avrebbero la *tutela legittima* dei figli, non esercitano su d'essi che una semplice *cura*, e se manchino le persone che sarebbero chiamate alla tutela legittima, non si fa luogo che alla nomina di un *tutore temporaneo*, perfino a che, pronunciata formalmente la dichiarazione di assenza, si verifichi definitivamente l'aprimento vero della tutela, a tenore dell'art. 241 (art. 47, cod. civile).

Il codice Francese, allo scopo d'impedire che troppo presto persone estranee venissero ad intromettersi negli affari di famiglia del presunto assente, stabiliva che solo *sei mesi dopo cominciata la presunzione di assenza* si facesse luogo a deferire la sorveglianza dei figli dell'assente agli ascendenti più prossimi, o in loro mancanza ad un tutore provvisorio (art. 142, cod. Fr.). Spirato quel termine, l'incertezza della esistenza del genitore assente assumeva agli occhi della legge un carattere di gravità sufficiente per giustificare che si mettessero ad esecuzione i provvedimenti dalla legge stessa indicati. Non ostante ciò, la dottrina e la giurisprudenza francese erano d'accordo nell'ammettere che anche prima dello spirare dei sei mesi dalla scomparsa o dalle ultime notizie del genitore assente, se si verificasse qualche necessità di provvedere immediatamente ai figli, fosse poi per la loro educazione, o per l'amministrazione dei loro beni, spettasse al ministero

pubblico la facoltà di richiedere, ed al tribunale il potere di ordinare quelle misure che si riconoscessero indispensabili ed urgenti (1).

Disposizioni simili a quella del codice Francese erano pure nel codice pel regno delle Due Sicilie (art. 146) e nel codice Albertino (art. 104); l'ultimo dei quali però ammetteva espressamente quella eccezione, che gli autori francesi avevano ritenuto doversi fare alla regola stabilita nell'art. 142 di quel codice. Infatti il codice Albertino, dopo avere nel primo paragrafo dell'art. 104 riprodotta la predetta regola, soggiungeva però nel secondo paragrafo: " ove vi fosse urgenza, il consiglio di famiglia potrà provvedervi anche prima che siano trascorsi sei mesi ".

Il legislatore italiano riputò più opportuno di non prescrivere alcun termine, dopo il quale soltanto si facesse luogo ad ordinare, in favore dei figli del presunto assente, i provvedimenti ammessi dall'art. 47. Da ciò deriva che tali provvedimenti potranno, secondo i casi, essere attuati anche immediatamente, appena si verifichi la presunzione di assenza del genitore. Si ha così il vantaggio che non vengano ritardate quelle disposizioni, le quali, se anche non veramente urgenti, nè assolutamente indispensabili, siano però consigliate per l'interesse dei figli minori che l'assente abbia lasciati, e di rendere tali disposizioni uniformi, emanate dalla stessa autorità, e continuative per tutto il periodo dell'assenza presunta. All'opposto, nel sistema del codice Francese, anche ammettendo il temperamento suggerito dalla dottrina, si aveva però sempre l'inconveniente che le misure, le quali fossero state ordinate d'urgenza dal tribunale, dovessero cessare allo spirare dei sei mesi di presunta assenza, per lasciar luogo ai provvedimenti normali di quel primo stadio, l'attuazione dei quali era anche da quel codice affidata al consiglio di

(1) V. Valette *sur* Proudhon, t. I, c. XX, s. IV, § 2, p. 307, n^a *a*; Marcadé, art. 142, § 5, t. I, n. 501; Demolombe, t. II, n. 320; Laurent, t. II, n. 148.

famiglia. Da ciò poteva derivare, tra gli altri danni, anche quello della intromissione d'un maggior numero di persone nel segreto degli affari della famiglia dell'assente. A tutto ciò era stato veramente già rimediato dal codice Albertino, collo stabilire che *nei casi d'urgenza* fosse in facoltà dello stesso consiglio di famiglia di anticipare quei provvedimenti, i quali continuerebbero poi per tutta la durata della presunzione di assenza. Ma quella condizione dell'*urgenza*, apposta ad una eccezione ammessa contro la regola generale, che prescriveva doversi attendere il decorso di sei mesi prima di provvedere ai figli del presunto assente, obbligava naturalmente il consiglio di famiglia ad osservare con stretto rigore la condizione predetta, e poteva porre in dubbio la validità degli ordinati provvedimenti e degli atti che ne fossero seguiti, per contestazioni che venissero mosse intorno all'*urgenza* ritenuta dal consiglio di famiglia. Crediamo quindi più saggia ed opportuna la determinazione presa dal legislatore italiano, di non prescrivere termine alcuno, e lasciare alla prudenza del consiglio di famiglia di riconoscere quando veramente vi sia o non vi sia il bisogno di provvedere temporaneamente alle persone ed ai beni dei figli minorenni lasciati dal presunto assente.

Tale ci sembra la interpretazione da darsi, secondo il suo spirito, alla disposizione dell'art. 47 del nostro codice: sebbene, guardando unicamente alle parole nelle quali è espressa, significasse piuttosto non essere *facoltativo*, secondo le circostanze, ma *obbligatorio sempre* il conferire agli ascendenti più prossimi, e in loro mancanza, ad un tutore temporaneo, la cura dei figli minori, appena l'assenza del loro genitore si fosse verificata; poichè vi è detto in termini imperativi ed assoluti che la cura dei figli *verrà dal consiglio di famiglia conferita* agli ascendenti, ecc. Ma intesa in questo senso rigoroso la disposizione del nostro codice condurrebbe a quelle deplorevoli conseguenze che il francese aveva cercato di evitare; darebbe luogo, cioè, ad

una immediata ingerenza negli affari di famiglia d'una persona, nel giorno immediatamente successivo a quello in cui essa, per motivi forse perfettamente giustificabili, ma non noti, nè facili a supporsi, si fosse allontanata segretamente dal proprio domicilio. È dunque più conforme a ragione, ed alla presumibile intenzione del legislatore, l'interpretarne la disposizione nel senso che, senza essere necessaria la decorrenza di alcun termine fisso computabile dal giorno in cui cominci la presunzione di assenza, per autorizzare il consiglio di famiglia a provvedere alle persone ed ai beni dei figli minori lasciati dall'assente, affidandone la cura agli ascendenti più prossimi, e in loro mancanza ad un tutore temporaneo, spetti però al consiglio di famiglia medesimo il determinarsi a dare più presto o più tardi tali provvedimenti, secondo che ne apparisca il bisogno immediato, od all'opposto possano ritenersi differibili senza danno. Ciò concorda infatti collo spirito generale delle disposizioni date dalla legge relativamente all'assenza presunta; le quali vedemmo essere ispirate dal pensiero fondamentale di non ammettere provvedimenti che aprano l'adito ad intromettersi persone estranee nel segreto degli affari dell'assente, se non *nei limiti della necessità*. Della qual massima vedemmo essere fatta dalla legge applicazione espressa a ciò che riguarda i beni lasciati dall'assente; essendo detto intorno ad essi nell'articolo 21 del codice, che il tribunale *può* dare i provvedimenti che *siano necessari alla conservazione del patrimonio* dell'assente stesso. Non vi sarebbe ragione perchè questa norma perfettamente razionale, di limitarsi a quei provvedimenti che l'assenza renda veramente necessari, non dovesse essere seguita quando si trattasse, non della semplice conservazione dei beni dell'assente, ma di cosa tanto più delicata, quale è la cura dei figli minori di lui.

Sarebbe difficile giustificare che in quest'ultimo caso, a differenza dell'altro, fosse obbligatorio a ogni modo l'applicare subito i provvedimenti determinati dall'art. 47, senza

riguardo al verificarsene o no il bisogno attuale; e che, per esempio, trattandosi di un'assenza cominciata da brevissimo tempo, e di figli minori dell'assente, ai quali fosse già provveduto ampiamente, per la cura delle persone loro e dei beni, da parenti conviventi con essi, come sarebbero gli altri figli maggiori dell'assente, si dovesse nondimeno chiamare alla cura di quei figli l'avo paterno o l'avo materno, ignaro forse completamente degli affari della famiglia, o forse domiciliato altrove e in luogo non opportuno all'esercizio dell'ufficio che gli verrebbe affidato.

Potrebbe trovarsi qualche difficoltà ad ammettere che spetti al consiglio di famiglia la facoltà, non attribuitagli espressamente dalla legge, di apprezzare se siavi o no la necessità di provvedere tosto alla cura dei figli minori dell'assente. Ma non sembra gravissima questa obbiezione; dappoichè lo stesso articolo 47 affida pure espressamente al consiglio di famiglia un apprezzamento simile, quando abbandona alla sua prudenza il riconoscere se la madre, vivente allorchè si verifica la presunzione di assenza del padre, *sia nella impossibilità di esercitare la patria podestà*.

248. — Nei già citati articoli 46 e 47 del nostro codice sono previsti e regolati espressamente i casi seguenti:

1° Di assenza presunta del padre, sopravvivendo la madre e potendo essa assumere l'esercizio della patria podestà;

2° Di assenza presunta del padre, essendo premorta la madre;

3° Di morte della madre prima che l'assenza del padre sia dichiarata giudizialmente;

4° Di assenza presunta del padre, essendo la madre, quantunque superstite, nella impossibilità di esercitare la patria podestà.

In tutto questo è agevole il riconoscere come il nostro codice contempli e regoli espressamente i soli casi di *assenza del padre*, non quelli nei quali sia l'assenza della

madre, che renda necessario di provvedere ai figli minori ch'essa abbia lasciati. Pel che le disposizioni contenute in questo Capo non corrisponderebbero veramente in modo completo alla rubrica " *della cura e tutela dei figli minori* " *dell'assente* „.

Quando la presunzione di assenza riguardi alla madre, ed il padre sia superstite, presente e capace, è facile rendersi ragione del perchè non siasi regolato il caso con disposizioni speciali. Non ve n'era infatti alcun bisogno, continuando allora il padre ad esercitare la patria podestà, come prima (art. 220 § 3°, cod. civ.); cosicchè l'assenza della madre non potrebbe in questo caso produrre alcun cangiamento in quanto concerne la cura delle persone e l'amministrazione de' beni dei figli, e solo accade che in certi atti nei quali sarebbe naturalmente richiesto l'intervento e l'assenso di ambidue i genitori, basti, nell'assenza della madre, il consenso del padre soltanto (art. 63 § 2°, codice civile).

Tuttavia può anche verificarsi qualche caso, in cui l'assenza della madre sia quella che renda necessario il provvedere alla cura dei figli minori ch'essa abbia lasciati, quando a lei spettasse, al tempo in cui si verificò la sua assenza, l'esercizio della patria podestà, o per essere premorto il padre, o per essere egli incorso nella privazione della patria podestà per effetto di condanna penale, o perchè per assenza o per altra causa fosse egli nella impossibilità di esercitare quella podestà (art. 220 §§ 3° e 4°, cod. civile). Ma per tali casi, non previsti con disposizioni espresse dalla legge, troveremo facilmente i mezzi di risoluzione in argomenti di analogia dedotti da ciò che il legislatore statuì pei casi specificamente contemplati.

Il codice Francese (art. 143) e ad imitazione di esso il Napoletano (art. 147) e l'Albertino (art. 105) prevedevano pure un'altra ipotesi; che cioè l'assente avesse lasciati *figli minori nati da un precedente matrimonio*. A tale proposito però i detti codici si limitavano a dichiarare applicabili a

questo caso le norme stesse che avevano stabilite per l'ipotesi d'un genitore non legato in seconde nozze, e che fosse divenuto assente quando già fosse premorto l'altro genitore. E veramente non poteva produrre differenza alcuna, rispetto ai figli di primo letto, l'essere il genitore assente vincolato da un secondo matrimonio; giacchè al nuovo coniuge non spettava alcuna podestà, alcun diritto sulle persone, nè sui beni di quei figli nati da nozze anteriori. Solo per togliere la possibilità di qualunque dubbio su tale punto, era stata scritta nel codice Francese e negli altri sopra ricordati, quella disposizione; la quale non fu riprodotta nel codice nostro, appunto perchè venne giustamente considerata come superflua.

Occorrendo ora di stabilire una classificazione razionale, tanto dei casi espressamente contemplati dalla legge, quanto degli altri ch'essa non previde testualmente, crediamo che per opportunità di metodo nella trattazione, giovi distinguere tutte le ipotesi possibili in questa materia, fra le tre categorie seguenti:

1° Quando uno dei genitori sia presunto assente, e l'altro sia presente;

2° Quando uno dei genitori sia morto, o non possa esercitare la patria podestà, e l'altro si presuma assente;

3° Quando di ambidue i genitori siavi presunzione di assenza.

249. — Nella prima delle accennate ipotesi le massime da seguirsi non sono che conseguenze dirette e necessarie del sistema adottato dal legislatore nostro relativamente alla patria podestà. *Il godimento* di essa è attribuito ad ambo i genitori fino all'età maggiore od all'emancipazione dei figli; ma *l'esercizio* ne spetta di preferenza, durante il matrimonio, al padre, e solo quando tale esercizio sia per lui impossibile, passa alla madre. Sciolto il matrimonio, la patria podestà viene esercitata dal genitore superstite, sia poi il padre o la madre (art. 220, cod. civile).

Da ciò deriva che se si verifichi l'assenza presunta della madre, rimanendo però superstite, ed essendo presente e capace il padre, non accade — come già si notava nel numero precedente — nessun cangiamento nei rapporti tra il padre ed i figli minorenni, nè per questi vi è nessun bisogno di provvedimenti speciali in occasione di quell'assenza; poichè il padre continua ad esercitare la patria podestà con tutti gli attributi di essa, così in riguardo alle persone dei figli, che all'amministrazione ed all'usufrutto legale dei loro beni.

Se poi l'assenza presunta sia del padre, rimanendo superstite, ed essendo presente e capace la madre, neppure allora occorrono provvedimenti speciali per la cura delle persone dei figli e per l'amministrazione dei loro beni; giacchè non potendo la patria podestà essere esercitata dal padre, a cagione appunto dell'assenza sua, subentra in tale esercizio di pien diritto la madre. E precisamente per ciò, e nell'intendimento di togliere di mezzo qualunque dubbio possibile, fu espresso nell'art. 46 che “ se il presunto as-“ sente lascia figli in età minore, la loro madre assumerà “ l'esercizio della patria podestà, a norma dell'art. 220 „.

Così la madre eserciterà, in luogo del padre che sia assente, tutti quei poteri sulle persone dei figli minori d'età, e quei diritti sui loro beni, che dipendono dalla patria podestà, non escluso l'usufrutto legale sui beni provenienti ai figli da successione, donazione, o da qualunque altro titolo lucrativo (art. 228 e seguenti, cod. civile). Ciò non sembra potersi porre in questione sotto il codice nostro, il quale nell'art. 231 dichiara esplicitamente che “ le dispo-“ sizioni dei precedenti articoli — e fra essi quindi anche “ quelli riguardanti l'usufrutto legale competente al padre “ — sono applicabili alla madre che esercita la patria po-“ destà „ e che “ l'usufrutto legale passa alla madre anche “ quando la patria podestà è esercitata dal padre, ove “ questi ne sia escluso per cause a lui personali „.

Crediamo pure altrettanto indubitabile che a quello dei

genitori, il quale, essendo assente l'altro, esercitasse la patria podestà sui figli minorenni, competerebbe l'usufrutto legale anche sui beni dell'assente, dei quali i figli medesimi fossero immessi in possesso. Anche questi infatti sono beni che provengono, *per titolo lucrativo* dipendente da disposizione di legge, ai figli soggetti alla patria podestà; e rimangono perciò compresi nella disposizione generale dell'articolo 228. Vero è che questi beni non possono ritenersi spettanti attualmente ai figli per vero titolo di successione, non verificandosi l'aprimento di questa, se non per la morte dell'assente, della quale venga somministrata la prova. Ma il diritto attribuito ai figli sui beni del genitore assente, in virtù della immissione in possesso, dipende precisamente dal diritto eventuale di successione, ed è nella qualità di *presunti eredi* che essi ottengono quella immissione; la quale, ad ogni modo, costituisce un *titolo lucrativo* di acquisto. L'altro genitore rimasto presente, che esercita la patria podestà, ha dunque diritto, in virtù della disposizione generale dell'art. 228, ad usufruire di questo diritto conseguito dai figli minori soggetti alla sua podestà mediante l'immissione in possesso dei beni dell'assente; come ha diritto all'usufrutto di qualunque altro bene venuto a far parte del patrimonio dei figli stessi per titolo lucrativo. Nè reputeremmo sostenibile che al genitore esercente la patrià podestà dovesse spettare l'usufrutto *delle sole rendite*, le quali fatte proprie in totalità dai figli, a senso dell'articolo 30, cod. civ., dovessero rimanere a far parte, come sostanza capitale, del loro patrimonio. Ciò che è *principale*, consiste *nel diritto* attribuito ai figli, presunti eredi, sui beni dell'assente; mentre i frutti, le rendite, non ne sono che l'*accessorio* — *jus ipsum..... non fructus qui percipiuntur* (L. 7 § 2, D. *De jure dotium*). — Ora, è il principale, il *diritto*, che forma veramente oggetto dell'usufrutto legale spettante, come attributo della patria podestà, al genitore; il quale pertanto ha diritto a far proprie le rendite. Per simile ragione fu stabilito nell'art. 482 del codice civ. che

“ l'usufrutto di una rendita vitalizia attribuisce all'usufrut-
“ tuario il diritto di riscuotere le pensioni che si maturano
“ di giorno in giorno durante il suo usufrutto „ , e per simile ragione è parimente ritenuto dalla dottrina che *l'usufruttuario d'un usufrutto non è tenuto a restituire i frutti da lui percepiti.* I figli dell'assente, immessi nel possesso dei di lui beni, hanno diritto, in virtù dell'art. 30, cod. civ., a ritenere a loro profitto la totalità delle rendite: questo diritto, somigliante a quello di usufrutto, forma oggetto dell'usufrutto legale spettante all'altro genitore che esercita su quei figli minorenni la patria podestà. Egli pure pertanto, non altrimenti che *l'usufruttuario d'un usufrutto,* non può essere obbligato a restituire le rendite, i frutti percepiti, ma li fa proprii.

250. — La seconda delle ipotesi, che ci proponemmo di esaminare, è quando, essendo presunto assente uno dei genitori, l'altro sia premorto, o si trovi nella impossibilità di esercitare la patria podestà.

Il codice nostro — già l'osservammo — prevede l'unico caso che quegli di cui si presume l'assenza sia il padre; ed è solo per analogia che si può argomentarne quali siano le regole da seguirsi quando sia assente presunta la madre.

Cominciando dal caso espressamente contemplato, è troppo evidente che, se la madre sia premorta al tempo in cui si verifichi la presunzione di assenza del padre, non possono soccorrere, per provvedere alle persone ed ai beni dei figli minori ch'egli abbia lasciati, i principii riguardanti la patria podestà: e nemmeno quelli della tutela, poichè questa non è ancora aperta, e non potrà cominciare fuorchè quando l'assenza sia dichiarata giudizialmente (art. 241, codice civile).

La legge pertanto ha dato, per questo periodo dell'assenza presunta, quel provvedimento temporaneo che conveniva, affidando al consiglio di famiglia di conferire la cura dei figli minori dell'assente all'avo paterno, e in man-

canza di questo, all'avo materno, e questi ancora mancando, ad un tutore temporaneo.

Al caso che la madre sia già predefunta, allorchè si verifica la presunzione di assenza del padre, è poi giustamente parificato quello della morte di lei avvenuta dopo ch'era già cominciata l'assenza presunta del padre stesso, ma prima che ne fosse pronunciata la dichiarazione giudiziale: imperocchè, non essendo ancora dichiarata l'assenza, non può farsi luogo all'aprimento della tutela, e d'altra parte la patria podestà essendo estinta nella persona della madre per la morte di lei, ed essendone impossibile l'esercizio da parte del padre ch'è assente, non può rimanere altro che la necessità di provvedere temporaneamente, finchè duri l'assenza presunta del padre, nel modo stesso in cui sarebbesi provveduto se fin dal primo giorno di quest'assenza la madre non fosse stata vivente.

Le stesse ragioni valgono per l'ipotesi che la madre sia nella impossibilità di esercitare la patria podestà, o perchè ne abbia incorsa la perdita per condanna penale, o perchè gliene sia stato tolto l'esercizio per sentenza del tribunale in causa di *abuso* (art. 233, cod. civ.), o perchè sia in condizione d'incapacità per interdizione giudiziale, a termini dell'art. 324, o per altra causa.

Tutto ciò spiega abbastanza la disposizione dell'articolo 47 del codice, così concepita:

" Se la madre non è vivente allorchè si verifica la pre-
" sunzione di assenza del padre, o muore prima che l'as-
" senza sia dichiarata, o è nell'impossibilità di esercitare
" la patria podestà, la cura dei figli verrà dal consiglio di
" famiglia conferita agli ascendenti prossimi nell'ordine
" stabilito dall'art. 244, ed in mancanza di questi ad un
" tutore temporaneo ".

In questa disposizione però è manifestamente supposto che il padre esercitasse la patria podestà allorchè si verificò l'assenza di lui: ed è appunto perciò che diviene necessario il provvedere temporaneamente alla cura dei figli,

i quali non rimangono più sottoposti all'esercizio della patria podestà, mancando per assenza il padre, ed essendo premorta la madre. Se invece il padre stesso, al tempo in cui divenne assente, non avesse avuto l'esercizio della patria podestà, o perchè ne fosse stato privato per condanna penale, o perchè, in causa di abusi commessi, avesse subìta l'applicazione dell'art. 233, o perchè fosse stato interdetto giudizialmente, non potrebbe esser caso di ordinare, al verificarsi dell'assenza di lui, nessuna nuova misura: giacchè continuerebbe la tutela, alla quale i figli sarebbero stati sottoposti già prima della presunzione di assenza del padre, in seguito alla perdita da lui incorsa della patria podestà, od alla cessazione dell'esercizio di essa quando non era più vivente la madre, a cui l'esercizio di quella podestà potesse passare.

Ma quali norme dovranno seguirsi, qualora sia la madre che si presuma assente, e il padre sia predefunto, o muoia prima che l'assenza della madre sia dichiarata, o si trovi nell'impossibilità di esercitare la patria podestà?

L'analogia, che già abbiamo riconosciuto dover servire di guida nella soluzione di tale quesito, ci conduce naturalmente a ritenere, non ostante il completo silenzio della legge, che siano applicabili anche qui le stesse regole stabilite nell'art. 47 pel caso speciale ivi contemplato; dappoichè i motivi sono perfettamente identici. L'assenza della madre, supposto che sia tuttora vivente, non fa cessare in lei *il godimento* del diritto di patria podestà. Solamente *l'esercizio* di quel diritto, che le spetterebbe in mancanza del padre, a senso dell'art. 220, rimane in sospeso per necessità delle cose in forza dell'assenza presunta, ma essa può riprenderlo da un momento all'altro ricomparendo. Frattanto essendo pur necessario provvedere pei figli minori, ai quali manca la protezione di chi eserciti su di loro la patria podestà, e non potendo aprirsi una vera tutela fino a che l'assenza non sia dichiarata giudizialmente, non rimane che di porre in pratica i provvedimenti stabiliti

per caso analogo dall'art. 47, chiamando il consiglio di famiglia a conferire la cura dei figli predetti agli ascendenti, e in loro mancanza, ad un tutore temporaneo.

251. — In nessuna disposizione del codice trovasi espressamente contemplata la terza delle ipotesi da noi figurate, *che amendue i genitori siano assenti;* a meno che si volesse considerarla come compresa nella supposizione fatta dallo stesso art. 47, che *la madre sia nella impossibilità di esercitare la patria podestà.* E veramente anche l'assenza è fra le cause che possono produrre temporaneamente la impossibilità dell'esercizio di tale diritto. Se non che, probabilmente, non era intenzione dei compilatori di quell'articolo di dare un senso così esteso all'accennata espressione, apparendo manifesto che siasi supposta l'assenza, non di ambidue, ma d'uno solo dei genitori, e precisamente del padre. Ad ogni modo poi, non sarebbero previsti i diversi casi possibili, che l'assenza sia presunta soltanto, per ambo i genitori, o che sia presunta per l'uno, e dichiarata giudizialmente per l'altro. Ora quali saranno le massime da adottarsi in questi casi differenti?

Se ambidue i genitori, o contemporaneamente, o successivamente, sono venuti in istato di presunzione di assenza, non vi ha luogo però all'aprimento di una vera tutela; la quale, come più volte accennammo, e com'è dichiarato espressamente nell'articolo 241 del nostro codice, non potrebbe cominciare fuorchè quando *ambidue i genitori fossero dichiarati assenti.* D'altra parte il fatto stesso dell'assenza presunta d'ambo i genitori rende impossibile, finchè duri tale stato di cose, l'esercizio della patria podestà; sebbene questa continui ad essere goduta dai genitori assenti, i quali possono riprenderne l'esercizio tosto che ricompariscano; cosicchè, se tutti due ritornino, la patria podestà verrà di nuovo esercitata dal padre, od altrimenti ne ripiglierà l'esercizio quello di loro che solo si ripresenti. Frattanto però, e durante l'assenza presunta dell'uno e dell'altro,

non essendo ammesso l'aprimento della vera tutela, e non essendo possibile l'esercizio della patria podestà, è pur necessario destinare qualcuno a prender cura delle persone dei figli minori e ad amministrare i loro beni, affinchè non rimangano abbandonati. A ciò non si offre altro mezzo fuori di quello che può indursi per analogia dalla disposizione dell'art. 47; cioè di affidare al consiglio di famiglia l'ufficio di conferire la cura dei figli agli ascendenti prossimi, e in loro mancanza, ad un tutore temporaneo.

Nè una massima diversa potrebbesi ritenere nel caso in cui, essendo presunto assente uno dei genitori, l'assenza dell'altro fosse invece stata dichiarata, imperocchè sarebbe vero ugualmente che, essendo stata dichiarata l'assenza, non di ambidue i genitori, ma d'uno solo di essi, non potrebbesi ritenere aperta la tutela, e che d'altra parte la patria podestà non sarebbe frattanto esercitata da alcuno.

252. — La determinazione precisa dell'indole giuridica dei poteri attribuiti al consiglio di famiglia dall'articolo 47, e delle funzioni che da esso vengono conferite agli ascendenti, o in loro mancanza, ad un tutore temporaneo, per provvedere alla cura dei figli minori dell'assente, può dar luogo a dubbiezze ed a questioni abbastanza gravi.

Gioverà, innanzi tutto, richiamare l'attenzione sul testo di quella parte del citato art. 47, che si riferisce all'argomento ora in questione. Essa è formulata nei termini seguenti:

" La cura dei figli — del presunto assente — verrà dal
" consiglio di famiglia conferita agli ascendenti prossimi,
" *nell'ordine stabilito dall'art.* 244, e in mancanza di questi,
" ad un tutore temporaneo ".

Alla semplice lettura di questa disposizione, si presentano spontanee le seguenti domande.

Deve ritenersi obbligatorio pel consiglio di famiglia il conferire la cura dei figli dell'assente agli ascendenti, dei

quali parla l'art. 244, cioè all'*avo paterno*, e in mancanza di questo, all'*avo materno?* Se così non fosse, come potrebbe ciò conciliarsi con quanto è disposto nell'art. 244, ivi espressamente richiamato, nel quale è detto che all'avo paterno, o in sua mancanza, all'avo materno, *spetta di diritto la tutela?* E supponendo invece *obbligatorio* il conferire la cura dei figli dell'assente all'avo paterno, od all'avo materno, a che giova l'intervento e la deliberazione del consiglio di famiglia, per conferire a quelle persone un ufficio, che già terrebbero direttamente e incontestabilmente dalla disposizione della legge?

Un dubbio simile era sorto relativamente all'art. 142 del codice Francese; le espressioni del quale furono in questa parte quasi testualmente riprodotte nel nostro articolo 47. E la dottrina pendeva incerta fra due contrarie opinioni: l'una delle quali riteneva che spettasse *di diritto* agli ascendenti più prossimi — secondo la designazione fattane negli articoli 402, 403 e 404 di quel codice — la *sorveglianza dei figli minori dell'assente* (1); mentre l'altra insegnava, all'opposto, che al consiglio di famiglia spettasse la facoltà di scegliere liberamente, fra gli ascendenti di egual grado più prossimo, quello a cui reputasse opportuno di affidare la cura di quei minorenni (2).

È però da avvertire qualche notevole diversità che esiste tra le disposizioni del codice Francese e quelle del codice nostro in questa materia; e forse non sarà malagevole dedurne conseguenze importanti per la risoluzione del dubbio sopraccennato.

Il codice Francese, negli articoli 402 al 404, deferiva la tutela legittima agli ascendenti del minore, senz'altra limitazione fuorchè quella della *prossimità del grado*; e tra più ascendenti del medesimo grado determinava le qualità, che facevano luogo *di pien diritto* al deferimento della tutela,

---

(1) V. Marcadé, art. 142, § 4, t. I, n. 500.
(2) V. Demolombe, t. II, n. 321.

preferendo sempre l'ascendente paterno al materno dello stesso grado, e tra più ascendenti della linea paterna preferendo l'*avolo paterno del padre del minore*. Solamente quando la concorrenza avesse luogo tra più ascendenti della *linea materna*, si deferiva la scelta tra essi al consiglio di famiglia. Ciò spiega come si potesse opinare che quella scelta, la quale nella tutela legittima era deferita al consiglio di famiglia in un solo caso eccezionale — mentre in tutti gli altri era fatta direttamente dalla legge — fosse invece lasciata sempre, senza distinzione di casi, al consiglio di famiglia quando si trattasse, non di vera tutela, ma di un provvedimento temporaneo pei figli minori dell'assente.

Ma gli ordinamenti del nostro codice sono diversi. Abbandonate le molteplici distinzioni, che si riscontravano nei citati articoli del codice Francese, l'art. 244 del codice Italiano non deferisce la tutela legittima che *all'avo paterno, e in mancanza di questo all'avo materno*. Al consiglio di famiglia che, secondo l'art. 47, deve conferire la cura dei figli minori dell'assente *agli ascendenti designati nell'articolo* 244, non è dunque neppur possibile una scelta qualunque: tanto più che a togliere qualunque dubbio, se pur potesse rimanerne, si è soggiunto nel nostro articolo doversi fare la nomina *nell'ordine stabilito dall'art.* 244, il che val quanto dire, che non si potrebbe chiamare l'avo materno fuorchè appunto *in mancanza dell'avo paterno*. Forse potrà formare oggetto di critica l'essersi parlato in genere, nel detto articolo 47, di *ascendenti prossimi;* mentre col riferimento all'art. 244 si veniva realmente ad ammettere soltanto *l'avo paterno o l'avo materno*. Ma non è perciò meno evidente la volontà del legislatore nel senso suindicato.

Non sembra dunque dubbia per noi la scelta fra le due opinioni che si erano manifestate in diritto francese; e crediamo doversi ritenere come *obbligatorio* pel consiglio di famiglia il conferire la cura dei figli minori dell'assente all'avo paterno, e solo in mancanza di lui, all'avo materno.

Se non che resta l'obbiezione: perchè mai fu richiesto l'intervento del consiglio di famiglia per una designazione fatta già direttamente dalla legge? Vi è però più d'una risposta da poter dare. Innanzi tutto, il consiglio di famiglia è giudice della necessità di provvedere immediatamente a nominare chi debba assumere la cura dei figli minori dell'assente e dei loro beni, o della convenienza di differire a farlo, qualora a quei minori sia già provveduto abbastanza per opera di persone di famiglia o di amici. Inoltre potrebbero esservi cause che rendessero impossibile all'avo paterno o materno, che fosse superstite, l'assumere ed esercitare efficacemente quella cura; ed allora il consiglio di famiglia avrebbe missione di apprezzare quelle cause, e riconoscendole vere e fondate, dovrebbe nominare altra persona a tutore temporaneo dei figli dell'assente.

Colle osservazioni esposte finora sembra che siasi risposto anticipatamente anche all'altro quesito che potrebbesi presentare, se in mancanza dell'avo paterno o materno il consiglio di famiglia sarebbe tenuto a conferire la cura agli altri ascendenti, i più prossimi, che per avventura esistessero. Non ostante il dubbio che potrebbe sorgere dall'essere stato prima parlato, nello stesso art. 47, di *ascendenti prossimi*, in genere; reputiamo tuttavia che l'aggiunta fatta a quelle parole colle altre " *nell'ordine stabilito dall'articolo* 244 „ sia sufficiente a dissipare ogni incertezza, e ad assicurare che l'obbligo del consiglio di famiglia sia limitato rispetto ai soli ascendenti contemplati nel citato articolo 244, cioè all'avo paterno, e in sua mancanza all'avo materno; cosicchè non essendovi nè l'uno nè l'altro, ma solo qualche più lontano ascendente, sia rimesso alla prudenza del consiglio di famiglia il destinarlo o no ad esercitare le funzioni di tutore temporaneo, o di nominare piuttosto altri parenti o persone estranee.

Rimane un punto importante da risolvere; cioè quale sia precisamente l'indole giuridica dei poteri che la legge

abbia inteso di conferire all'ascendente od al tutore temporaneo, nominato dal consiglio di famiglia per assumere la cura dei figli minori dell'assente. Anche nella legislazione nostra si è lasciato luogo a ripresentarsi intorno a ciò quei medesimi dubbi che sotto il codice Francese tenevano divise le opinioni; pensando alcuni che si trattasse di *vera e propria tutela* (1), mentre qualcun altro sosteneva non trattarsi, almeno *quanto agli ascendenti*, che di una mera *sorveglianza* — secondo l'espressione testuale dell'articolo 142 codice Francese — non soggetta quindi alle norme comuni della tutela (2).

Secondo il codice Italiano, veramente, non può più esitarsi a ritenere che non si tratta in questo caso di vera e propria tutela; giacchè questa non si aprirà se non quando l'assenza non sarà più semplicemente *presunta*, ma *dichiarata* giudizialmente.

Sembra però che questo ufficio, conferito per la protezione dei figli minori del presunto assente — salvo sempre il carattere suo peculiare di *provvisorietà*, e salve le conseguenze che possono da ciò derivare rispetto alle cause che diano luogo alla cessazione di esso — debba avere per tutto il resto caratteri ed effetti simili a quelli che sono proprii appunto della tulela; e ciò, sia per lo stesso scopo di codesto ufficio, sia per la mancanza di speciali disposizioni della legge, la quale d'altronde qualifica espressamente come *tutore temporaneo* colui al quale, in mancanza degli avi, venga deferita la cura di quei figli.

Nè invero apparirebbe ragione alcuna sufficiente per ritenere soggetto alle regole della tutela codesto ufficio quando venisse conferito ad un parente qualunque o ad un estraneo, e non quando venisse dato a quegli ascendenti, i quali pure, allorchè si aprisse la vera tutela, sarebbero trattati

(1) V. Zachariae, t. I, § 160, n. 2, n.a 3; Marcadé, art. 142, § 3, t. 1, n. 499; Aubry e Rau, t. I, § 160, n.a 7.
(2) V. Demolombe, t. II, n. 421, c.

al pari degli altri, salvo qualche speciale eccezione, della quale anche qui sarebbe da tenersi conto.

Sembra, per queste ragioni, doversi conchiudere per l'applicabilità, in generale, delle regole comuni relative alla tutela. Quindi anche nell'esercizio della *cura o tutela temporanea*, di cui parla l'art. 47, si avrà l'intervento dei medesimi poteri tutelari — consiglio di famiglia e protutore — con attribuzioni identiche a quelle che avrebbero nella tutela permanente; saranno applicabili le stesse cause d'incapacità, di esclusione, di rimozione, di dispensa, gli stessi obblighi di fare inventario e di dar cauzione, salvo, rispetto a quest'ultima, la eccezione a favore dell'avo paterno o materno (art. 292, codice civile), le stesse attribuzioni, la medesima necessità di forme abilitanti per certi atti, ecc.

253. — Gli articoli 46 e 47, disponendo intorno alla cura e tutela dei figli minori dell'assente, si riferiscono alla sola *filiazione legittima*, come chiaro apparisce dal parlarvisi di *patria podestà:* poichè ai genitori naturali non è attribuita sui figli la *patria podestà civile*, ma la *tutela legale*, la quale però è regolata dalle stesse norme della patria podestà stessa, salvo ciò che concerne l'usufrutto legale sui beni dei figli (art. 184, cod. civile).

Tuttavia le medesime massime, che dimostrammo derivare dai due articoli surricordati, crediamo che debbano, per una evidente analogia e congruamente, applicarsi anche al caso in cui l'assente abbia lasciati figli minori soggetti alla sua tutela legale, perchè nati fuori di matrimonio, ma da lui riconosciuti. Così, se essendo il figlio naturale riconosciuto da amendue i genitori, fosse assente la madre, ma presente e capace il padre, non accadrebbe nessun cangiamento nella tutela del figlio (art. 184 § 2°, cod. civile); se invece fosse assente il padre, ma presente e capace la madre, questa assumerebbe la tutela legale (detto art. 184). Se, essendo assente l'uno dei genitori naturali, l'altro fosse

premorto, o per qualunque causa non potesse esercitare la tutela legale, spetterebbe al *consiglio di tutela*, costituito a norma dell'art. 261, codice civile, di conferire la cura dei figli dell'assente ad un tutore temporaneo. E lo stesso sarebbe qualora il genitore naturale, rimasto al tempo della presunzione di assenza dell'altro, fosse morto prima che l'assenza venisse dichiarata giudizialmente, o se ambidue i genitori naturali fossero assenti.

FINE.

INDICE DEI TITOLI, DEI CAPI E DEI SOMMARII

contenuti in questo Volume.

DELLE PERSONE

NOZIONI GENERALI.

TITOLO I.
DELLA CITTADINANZA E DEL GODIMENTO DEI DIRITTI CIVILI

Capo I.
Dei diritti civili e del godimento di essi.

Capo II.
Della cittadinanza.

Sezione I.
Dei modi di acquisto della cittadinanza.

Sezione II.

Delle cause per le quali si perde la cittadinanza.

TITOLO II.

DEL DOMICILIO CIVILE E DELLA RESIDENZA

Capo I.

Del domicilio civile generale.

Sezione I.

Del domicilio d'origine.

Sezione II.

Del domicilio acquisito.

§ 1. — *Delle cause per le quali si cangia di diritto il domicilio.*

§ 2. — *Dei modi nei quali avviene di fatto il cangiamento di domicilio.*

Capo II.

Del domicilio civile speciale.

TITOLO III.

DEGLI ASSENTI

Nozioni generali.

C

Del godimento delle rendite prodotte dai beni dell'assente.

§ 2. — *Della immissione nel possesso definitivo dei beni dell'assente.*

A

Delle condizioni necessarie affinchè la immissione in possesso definitivo possa essere richiesta.

B

Delle persone che possono chiedere la immissione in possesso definitivo.

C

Del procedimento per ottenere la immissione nel possesso definitivo.

D

Degli effetti della immissione nel possesso definitivo.

Sezione III.

Della cessazione dell'assenza.

§ 1. — *Delle cause comuni di cessazione assoluta dell'assenza, e degli effetti che ne derivano.*

A

Ricomparsa dell'assente.

B

Causa speciale di cessazione relativa del possesso definitivo.

Capo II.

Dell'assenza considerata in ordine ai diritti eventuali che si aprano in favore dell'assente.

Capo III.

Dell'assenza considerata in ordine allo stato personale del coniuge e dei figli minori dell'assente.

ARTICOLI DEL CODICE CIVILE

spiegati e citati in questo Volume.

Art.	Numeri del trattato	Pagine
1	34	94-98
2	1, 3, 6-8, 35	2-3, 5-9, 17-26, 99
3	36-38	99-110
4	42, 43	115-133
5	43, 46-49	125, 140-149
6	43, 59-61	126, 179-187
7	42, 43, 44, 52	116, 126, 133-138, 151-152
8	53-56, 59	152-160, 181-182,
9	67-68	200-206
10	69-70, 83	206-216, 246
11	65-66, 73-79, 83-85	191-199, 222-242, 246-255
12	87	258-261
13	64	189-191
14	81	242-245
15	71	217-219
16	90-91	268-273
17	109-114	327-342
18	100, 104, 106	301-307, 308-311, 313-320
19	121-123	353-369
20	140	479-489
21	141-149	490-536
22	150-159	538-592
23, 24, 25	160	592-596
26	162, 164-170, 171, 175	599-607, 616-709, 716-720
27	176	720-725
28	185	805-811
29	177-178, 181-183	725-746, 756-788
30, 31	195-198	878-900
32	226, 228-229	1114-1121, 1128-1147
33	214, 220	977-982, 1063-1068
34	222	1077-1088
35	192	858-869
36	200-205, 207	905-923, 929-940
37	208-210	941-959
38	202	913-914
39	215-220	982-1070

INDICE ALFABETICO DELLE MATERIE

R. UNIVERSITÀ DI PADOVA
ISTITUTO DI DIRITTO PRIVATO